1000 Yılın İslam Fıkhı Temel Eseri
Deliller ve Hükümler

Mebsût

Serahsî

(1009-1090)
Şemsü'l-eimme Ebû Sehl Ebû Bekir Muhammed b. Ahmed

Editör
Prof. Dr. Mustafa Cevat Akşit

11. Cilt

Gümüşev

II. CİLT TERCÜME ve TASHİH HEYETİ

Sayfa	Tercüme Eden	Tashih Eden
2-34	OSMAN GÜMAN	PROF.DR. ORHAN ÇEKER
34-150	SONER DUMAN	PROF.DR. FAHRETTİN ATAR
151-220	SONER DUMAN	PROF.DR. HAMDİ DÖNDÜREN
220-256	DR. HÜSEYİN KAYAPINAR	PROF.DR. HAMDİ DÖNDÜREN

Not:

Eserin tamamı Prof. Dr. Mustafa Cevat Akşit tarafından kontrol edilmiş ve dipnotlarla zenginleştirilmiştir.

Gümüşev Yayınları No: I
ISBN: 978-605-5779-00-9

"Mebsut kitabının bütün yayın hakları Gaye Vakfına ait olup, 3000 adeti kapsayan birinci baskısının yayın hakkı Gümüşev yayıncılığa devr edilmiştir."
Gaye Vakfı'nın yazılı izni olmadan çoğaltılamaz.

Baskı-Cilt
Ege Basım
Esatpaşa Mah. Ziyapaşa Cad. No:8 Göztepe / İstanbul
www.egebasim.com.tr / ege@egebasim.net ~Tel: +90 216 472 84 01 ~ Fax: +90 216 472 84 05

İSTEME ADRESİ

GÜMÜŞEV YAYINCILIK
Merdivenköy Mah. Özlem Sk. Kansu Apt. No: 8/A Kadıköy/İstanbul
Telefon: +90 216 467 03 85 ~ Fax: +90 216 467 23 27
www.mebsut.com

İÇİNDEKİLER

BULUNTU EŞYA 1

Buluntu malın alınması 1
Buluntu malın türleri 1
Buluntu malın korunması ve ilân edilmesi 2
Sadaka olarak verilen buluntu mal 4
Buluntu malda işlem yapanın ödeme yükümlülüğü 4
Buluntu malın ödünç ve sürekli kalmak üzere verilmesi 5
Buluntu malın ilan edileceği yer 8
İlânın açıktan yapılması 8
Fakirin buluntu malı ilân ettikten sonra kullanması 9
Bir malın sahibine verilmesini gerektiren durumlar 10
Çabuk bozulacak bir malın bulunması 13
Buluntu malın satılması 13
Malı bulana ödül vermek 14
Sahipsiz devenin bulunması 15
Buluntu malın hâkimin emri ile satılması 16
Bulunan malın bulan kişinin elinde telef olması 17
Buluntu malın kullanılması 20
Âriyet (ödünç) alanla gasb edenin durumu 21
Malın telefi konusunda hayvanın fiili 21
Bir kimse lehine yitik malı ikrar etmek 24

KÖLENİN KAÇMASI 25

Kaçak köleyi yakalamanın dini hükmü 25

Kaçak köleyi yakalayanın ödüle hak kazanması ... 26
Yakalanan kölenin devlet başkanına getirilmesi ... 29
Kaçak kölenin kendisine ait olduğuna tanık getirene yemin ettirilmesi ... 30
İddia sahibinden kefil istenmesi ... 30
Kaçak kölenin, sahibi bulunmadığında satılması ... 31
Hapisteki kaçak kölenin nafakasının hazineden karşılanması ... 31
Köle sahibi olduğunu iddia edenin Hıristiyan tanık getirmesi ... 32
Kaçak kölenin satışının iptal edilmesi ... 32
Bulana verilecek ödül ... 32
Kaçak köle için hâkimin emri olmadan masraf yapmak ... 33
Kaçak kölenin yakalayanın elinde ölmesi ... 33
Kaçak kölenin özgür kılınması ... 34
Kaçak kölenin hibe edilmesi ... 34
Ticarete izinli olan kaçak kölenin tasarrufları ... 35
Kaçak kölenin cinâyet işlemesi ... 36
Kaçak kölenin hırsızlık yapması ... 36
Hâkimin hâkime gönderdiği mektubun geçerliliği ... 37
Kaçak köleyi bulanın izinsiz olarak satması ... 39
Kaçak köleyi yakalamanın diyaneten hükmü ... 40
Köleyi yakalayan kişinin, köle üzerinde hak iddia edene teslim etmesi ... 41
Kaçak kölenin kazancının durumu ... 42
Sözleşmeli kölenin kaçması ... 43
Kaçak kölenin zıhar kefâreti olarak özgür kılınması ... 43
Rehin olarak bırakılan kölenin kaçması ... 44
Kaçak köleyi yakalayan kişinin ödül alacağı nedeniyle köleyi elinde tutması ... 45
Harp ülkesine kaçan cariyenin ele geçirilmesi ... 46
Kaçak müdebber ve ümmü veled'in yakalanması ... 46
Kaçak kölenin iki kişiye ait olması ... 47
Küçük köleyi yakalayan kişinin ödül alması ... 47
Efendinin kendisine getirilen kaçak köleyi özgür kılması ... 47
Kaçak köleyi iki kişinin efendiye getirmesi ... 48
Cinayet işledikten sonra kaçan kölenin yakalanması ... 49
Kaçak köleyi satın alıp efendisine getiren kişi ödül ve bedeli alabilir mi? ... 49
Kaçak kölenin efendinin mirasçıları ve vasîsine geri getirilmesi ... 50
Kölenin değerinin kırk dirhemden düşük olması ... 51
Yakalanan kölenin borçlu olması ... 52
Bir kimsenin, yakınına ait kaçak köleyi yakalaması ... 52
Yakalayan kişinin ödül konusunda efendi ile anlaşma yapması ... 53
Kaçak cariye ve çocuğunu getiren kişinin alacağı ödül ... 53

KAYBOLMUŞ KİMSE ... 54

Mefkudun sözlük ve terim anlamı ... 54
Mefkudun dindeki hükmü ... 54
Mefkudun karısının durumu ... 55
Mefkudun vefatına hükmetmede esas alınacak süre ... 56

Kayıp kişinin karısı ile ilgili hükümler ... 57
Kayıp kişinin mallarının durumu ... 60
Kayıp kişinin malvarlığı için kayyim belirlenmesi, yakınlarının giderlerinin karşılanması 61
Hâkimin nafaka alacaklılarından kefil istemesi ... 62
Hâkimin kayıp kimsenin mallarını satarak nafaka alacaklılarına haklarını vermesi ... 64
Hâkimin hükmü olmaksızın kayıp kimsenin yakınlarına borcu ödemek ... 65
Kayıp kimse için vekil belirlenmesi ... 65
Kayıp kişi aleyhine açılan dava ... 66
Kayıp kişinin karısının nikahının tanıklarla ispatı ... 68
Kayıp kişinin kirada olan malları ... 68
Kişinin bir savaşta kaybolması ... 68
Kayıp kişinin mirası ... 69
Özgürlük sözleşmesi yapan kölenin kayıp olması ... 69
Yakınlarının öldüğünü ikrar eden kimseler arasında mirasın taksimi ... 71
Kayıp kişinin kölesinin özgür olduğunu iddia etmesi ... 72
Kayıp kişinin çocuğunun, erginlik çağına ulaştıktan sonra mirasçıların yaptığı taksimi bozdurması ... 75
Kayıp kişi için, ölen karısının mirasından pay ayrılması ... 76
Kayıp olan mürtedin durumu ... 77
Kayıp olan mürtedin mirasçı olması ... 77

GASP ... 78

Gasbın lügat ve fıkıhtaki tanımı ... 78
Gasbın haram olmasının delilleri ... 78
Gasbın dünyadaki hükmü ... 80
Gasp edilen malın tazmini ... 81
Mislin türleri ... 81
Tazminde esas alınacak değer ... 82
Adediyyat-ı mütefavitenin gasbı ... 83
Gasp edilen hayvanların tazmini ... 86
Değerli olmayan şeylerin tazmini ... 87
Fazlalıkların (Zevaidin) tazmini ... 88
Gaspedilen şeyden ayrı olan fazlalık (munfasıl zevaid) ... 88
Gasbedenin gasbettiği şeyi satması ... 90
Mala bitişik olan fazlalık (Muttasıl zevâid) ... 90
Gasbedilen şeyin değerinde meydana gelen artışın ödenmesi ... 91
Gasbedilen malın fazlalığı ile satılması ... 91
Gasp konusunda tanıklık ... 98
Gasp edilmiş bir cariyeyi satın alan alıcının onu özgür kılması ... 101
Gasp edilen şeyin değerine hükmetmekte acele etmemek ... 107
Gasbedenin mal bedelini ödemesi ... 108
İktizanın delaleti ... 111
Gasp fiili ile ilgili tanık getirmek ... 113
Kişinin erkek kardeşinin cariyesini satın alması ... 115
Gaspedilen maldan meydana gelen fazlalığın telef edilmesi ... 115
Gasp edilen cariyenin diyeti gerektiren bir cinâyet işlemesi ... 117

Akarların gasp ve telef edilmesi ... 118
Gasıbın gasbettigi şeyi sattıktan sonra gaspı ikrar etmesi ... 122
Gasbedilen maldan elde edilen menfaatlerin ödenmesi ... 123
Gasbedilen maldan elde edilen geliri, onun değerini öderken kullanmak ... 124
Gasbedilen şeyden yararlanan kişinin ücret ödemesi ... 125
Menfaatlerin mal olması ... 127
Gasp konusunda tarafların ihtilafı ... 129
Gasbedenin gasbettiği şeyi başkasına hibe etmesi ... 130
Mal sahibinin tanıklarının ihtilaf etmeleri ... 132
Gasbeden ile mal sahibinin mal konusundaki ihtilafı ... 133
Gasbedilen malın niteliği hakkında tarafların ihtilafı ... 133
Başkasına ait bir kumaşı gasp edip boyamak ... 134
Gasbedenin gasbettiği mal için yaptığı harcamalar ... 136
Başkasına ait bir malı gasp edip kendi malı ile karıştırmak ... 136
Başkasına ait kumaşı gasp edip boyamak ... 136
Başkasına ait kumaşı gasp edip yırtmak ... 137
Başkasına ait hayvanı gasp edip organını kesmek ... 137
Başkasına ait unu gasp edip öğütmek ... 138
Başkasına ait altın ve gümüş eşyayı gasp edip zarar vermek ... 141
Başkasına ait parayı gasp edip zarar vermek ... 142
Davacı ile malı elinde bulunduran arasındaki ihtilaflar ... 142
Gasp tazminatına kefil olan kişi ile mal sahibinin ihtilaf etmesi ... 143
Başkasına ait genç cariyenin gasp edilmesi ... 144
Gasp edilen şeyin gasıbın elinde bozulması ... 145
Başkalarına ait gasbedilen kumaş ve boyayı birbirine karıştırma ... 145
Farklı kişilere ait malları gasbederek birbirine karıştırmak ... 146
Başkasına ait keten ve pamuğu gasbedip dokumak ... 148
Gasbedilen şeyden başka bir mal imal etmek ... 149
Başkasına ait buğdayı gasp edip ekmek ... 151
Müslümana ait şarabı gasbedip telef etmek ... 152
Ölü hayvanın derisini gasbedip yararlanmak ... 153
Boğazlanmış hayvanın derisini gasbederek tabaklamak ... 154
Başkasına ait meyve suyunu gasp etmek ... 154
Kişinin elinde emanet olan buğday ve arpanın birbirine karışması ... 155
Bir tarafın gasp diğer tarafın hibe konusunda tanık getirmesi ... 156
Bir malı elinde bulunduran iki kişinin karşılıklı gasp iddasında bulunması ... 156
Bir kimsenin elinde bulunan mal hakkında iki kişinin ihtilaf etmesi ... 156
Gasbedilen malı başkasına emanet bırakmak ... 157
Gasp konusunda gasbedenin ikrarından dönmesi ... 158
Gasbedilen şeyi sahibine habersizce tükettirmek ... 159
Bir kimseye ait demiri gasbedip başka bir şey imal etmek ... 160
Gasp edilen şey yerine başka bir şey vermek ... 162
Borç alınan şey yerine başka bir şey vermek ... 162
Mütekavvim (değerli) olmayan malların gasp ve ödemesi ... 163
Hangi durumlarda telef edilen şarap ödenir? ... 166
Domuzu gasp ederek telef etmek ... 168

Gasp edilen şarabın sirke durumuna getirildikten sonra telef edilmesi ... 168
Başkasına ait ölü hayvanın derisini gasp etmek ... 169
Gasbedilen cariyenin geri verildikten sonra doğum yapması ... 172

VEDÎA (EMANET BIRAKILAN MAL) ... 174

Vedîa akdinin dini hükmü ... 174
Emanet malın korunması ... 175
Emanet malın telef olması ... 175
Emanet alan kişinin, emaneti başkasına teslim etmesi ... 176
Emanet malın başka malla karıştırılması ... 178
Emanet alan kişinin emanet mal üzerinde tasarrufta bulunması ... 179
Emanet alanın emaneti satması ... 179
Gasbedilen bir şeyden yararlanmak ... 181
Emanet alan kişinin emanet malı alıp tekrar yerine koyması ... 181
Emanet alan kişinin, malı sahibine verdiğini iddia etmesi ... 182
Âriyet-Vedîa ilişkisi ... 184
Emanet alanın akde aykırı davranması ... 184
Emanet alanın emaneti inkar etmesi ... 189
Borçlu kişiye borç miktarınca emanet bırakmak ... 191
Kısıtlı çocuğa emanet bırakmak ... 192
Emanet alanın çocuğu ve kölesinin emanet malı telef etmesi ... 195
Emanet alanın malı başkasına vermesi konusunda ihtilaf ... 195
Emanet verenin, malın belirli bir yerde korunmasını istemesi ... 196
Emanet alan kişinin malı bulunduğu şehrin dışına götürmesi ... 197
Emanet malın şehir dışına çıkarılması ... 198
Emanet verenin, malın belirli kişilerin elinde bulunmasını yasaklaması ... 198
Emanet alan kişinin, emanet malı kullanması ... 199
Kendisine emanet edilen cariye ile cinsel ilişkide bulunan kişinin durumu ... 199
İki kişinin, bir kişiye bir mal emanet etmeleri ... 199
Emanet alanın, emanet malı, sahibinin elçisi olduğunu iddia eden kişiye vermesi ... 200
Bir malın iki kişiye emanet bırakılması ... 202
Olağanüstü durumlarda emanetin başkasına teslim edilmesinin hükmü ... 203
Emanet alan kişinin, emanet mal için yaptığı harcamaların hükmü ... 203
Hâkimin, emanet malı satması için emanet alana izin vermesi ... 204
Emanet malda, emanet alanın fiiliyle oluşan fazlalık ve gelirlerin hükmü ... 205
Elinde emanet mal bulunan kişinin bu malı, mal sahibinin bakımında olan kişiler için harcaması ... 205
Emanet bırakılan cariyeyi evlendirmek ... 206
Bir cariyeyi emanet alan iki kişiden birinin, cariyeyi satması ... 206
Emanet mal alanın, emaneti inkar ettikten sonra bu malı, sahibine emanet bırakması ... 208
Emanet mal bırakan kişinin ortadan kaybolması ... 209
Emanet alan kişinin ölmesi ... 210
Emanet alan kişinin, elindeki emaneti belirtmeden ölmesi ... 210
Emanet mal bırakılan kişinin ödemekle yükümlü olduğu durumlar ... 211
Kölenin bıraktığı emanet malın hükmü ... 212

Bir malı emanet bırakan kişinin ölmesi 212
Bir malın iki kişiye emanet edilmesi 213
Emanet bırakan ve emanet alanın anlaşmazlığa düşmeleri 213
İki kişinin, bir kişinin elindeki emanetin sahipliğini iddia etmeleri 213
Kendisine emanet bırakılan kişinin, emanet malı başkasına emanet etmesi 214

ÂRİYET (ÖDÜNÇ) 216

Âriyetin tanımı 216
Âriyet akdinin kuruluşu 217
Âriyet alınan malın kullanım yeri ve süresinin belirtilmesi 217
Hayvanın âriyet olarak alınması 218
Âriyetin, ödemeye tâbi olması 218
Ödünç verilen şeyin kullanım süresinin sınırlanması 222
Ödünç verilen şeyin kullanım şeklinin sınırlanması 223
Ödünç alanın koşula aykırı davranma şekilleri 223
Ödünç alınan şeyin geriye bizzat ödünç alan tarafından verilmesi 226
Ödünç hayvanın teslimi 226
Bir kimse kendisinin kullanması koşuluyla bir şeyi ödünç alıp başkasına kullandırması 227
Ödünç alanın ödünç verebileceği şeyler 227
Ödünç alanın ödünç veremeyeceği şeyler 228
Bina yapmak, ağaç dikmek için ödünç alınan arazinin durumu 228
Arazisini ödünç veren kişinin süre belirlemesi 229
Hayvanın ne için ödünç verildiğinde ihtilafın olması 231
Ödünç veren veya alanın ölmesi 232
Ödünç alanın malı başkasına vermesi 233
Ödünç mal aldığını inkar ettikten sonra telef olduğunu iddia etme 234
Tüketilen şeylerin başkasına verilmesi 235
Karz olmayıp ödünç sayılan şeyler 235
Ödünç alınan hayvanın karnındaki yavrunun ölmesi 239
Silahların ödünç alınması 240
Ödünç hayvanı sulamak için belirlenen bölgenin dışına götürmek 240
Ödünç alınan malın satılması 241
Ödünç istemek üzere elçi göndermek 241
Hayvanı kullananın ödünç, hayvan sahibinin gasbı iddia etmesi 242
Bir tarafın ödünç, diğer tarafın kira iddiasında bulunması 242
Araziyi gasbedip ekmek 243
Bir yıllığına kiralanan tarlanın iki yıl ekilmesi 244
Başkasına ait arazide bulunan hazinenin durumu 244

ŞİRKET 245

Şirketin câiz olmasının delili 245
Şirket Çeşitleri 245
İnan Şirketi 246
Mufâvada şirketi 246

Vücûh Şirketi ... 246
Tekabbül Şirketi ... 246
İnan şirketi ile ilgili hükümler ... 247
Ortakların sermayelerini karıştırması ... 247
Mufâvada şirketi ile ilgili hükümler ... 248
Mufâvada şirketinde akdin koşulları ... 249
Mufâvada şirketinde sermaye ... 249
Mufâvada şirketi hangi sözcükle kurulur? ... 250
Vücûh / kredi şirketi ile ilgili hükümler ... 250
Tekabbül / iş şirketi ... 250
Şirket sözleşmesinin yazıya geçirilmesi ... 251
Mal şirketinde kâr ve zararın ortaklar arasında dağılımı konusunda temel esaslar ... 253
Şirket sermayesi olmaya elverişli olan ve olmayan şeyler ... 258
Ticaret malları şirket sermayesi olur mu? ... 259
Standart (mislî) malların şirket sermayesi yapılması ... 260
Şirket sermayesinin ayrı cins paralardan oluşması ... 264
Ortaklar arasında çıkabilecek anlaşmazlıklar ve çözüm yolları ... 268
Karz (Ödünç verme) ... 269
Vücuh Şirketi ... 270
Satın alınan bir mala sonradan başkalarını ortak kılmakla ilgili hükümler ... 273
Satın alınacak bir malda akitten önce ortaklık yapmak ... 276
Ortak malın satım bedelinin ortaklar arasında bölüşülmesine ilişkin esaslar ... 278
Şirket akdinde ortakların borç ikrarında bulunması ... 280
Ortakların şirket sermayesi üzerindeki yetkileri ... 282

MUFÂVADA ŞİRKETİ ... 284

Mufâvada ortaklığında sermayelerin birbirine katılması ... 285
Mufâvada şeklinde kurulan vücuh şirketi ... 288

MUFÂVADA'DA ŞİRKET MALININ, İŞLETİLMEK ÜZERE BAŞKASINA VERİLMESİ ... 289

Mufâvada ortaklarından biri başkası ile inan ortaklığı yapabilir mi? ... 294
Mufâvada ortağının yaptığı bozuk akitler diğer ortağı bağlar mı? ... 296

MUFÂVADA ORTAKLARI ARASINDAKİ ANLAŞMAZLIK ... 297

Ölen ortağın mirasçıları ile hayatta kalan ortak arasındaki anlaşmazlıklar ... 301
Mufâvada şirketinde ortaklar birbirinin hangi borçlarından sorumludur? ... 305
Mufâvada ortaklarının emanet alması ve vermesine dair hükümler ... 306
Mufâvada ortaklarının ödünç (âriyet) mal alması ve vermesi ile ilgili hükümler ... 311
Ortaklardan birinin ödünç aldığı bir malı diğer ortağın kullanması ... 312
Mufâvada şirketinde ortakların kefil olması ile ilgili hükümler ... 315
Müslüman ve zimmî arasında mufâvada ortaklığı ... 317
Mufâvada ortaklığı kuramayacak kişiler kimlerdir? ... 319
Mürted ile mufâvada ve inan ortaklığı kurmak ... 319
Müslüman ile mürted kadın arasında yapılan ortaklığın hükmü ... 320

Mufâvada ortaklarının, alım-satımını yaptıkları köleler ile kitabet akdi yapması 321
Mufâvada ortaklarının, kölelerine ticaret izni vermesi 321
Mufâvada ortaklarının üçüncü kişilerle kira ve hizmet sözleşmesi yapması 324
Mufâvada ve inan şirketlerinde ortakların çalışarak elde ettikleri ücretin hükmü 326
Şirket borcu veya kişisel borç nedeniyle şirket malının rehin verilmesi 326
Şirket borcu karşılığında ortağın kendi malını rehin vermesi 327
Şirket alacağına karşılık rehin almak 327
Mufâvada şirketinde ortakların ikrarda bulunması 328
İnan şirketinde ortağın ikrarda bulunması 329
Şirkette ortakların haksız fiillerinin sorumluluğu 329
Mufâvada şirketinde ortakların kendi yakınları lehine borç ikrarında bulunması 331
Şirkete ait malın, ortaklardan birine satılması 343
Ortaklardan birinin kendi malını ortağına satması 344
Mufâvada şirketinde bir ortağın dinden çıkmasına ilişkin hükümler 344

FÂSİT (BOZUK) ŞİRKET 350

Birlikte av yapma konusunda ortaklık 353

AVCILIK 356

Avın mübah olduğunun delilleri 356
Eti yenilen hayvanlar 357
Hayvan boğazlama çeşitleri 359
Av hayvanı ile av yapmanın helâl olmasının koşulları 360
Av aletinde bulunması gereken koşul 362
Av köpeğinin yakaladığı avdan yemesi 362
Doğan ile av yapmak 363
Pençeli kuşlar 367
Boğazlanan hayvanın iliğini kesmek 368
Kesilecek hayvana iyi muamelede bulunmak 369
Hayvan kesiminde diş ve tırnak kullanmak 370
Dilsizin yaptığı kesim 370
Başı koparılan hayvanın eti yenir mi? 371
Kesim usulü 371
Kesim sırasında yalnızca Allah'ın adının anılması 371
Zorunlu kesim 372
Balık ve çekirgenin yenilme koşulu 374
Sazan balığı 375
Çoban güttüğü hayvanların sütünden içebilir mi? 376
Tavşan eti yenilir mi? 376
Keler yenir mi? 378
Eşek eti yemek 379
At eti yemek 382
Av köpeğinin alım-satımı 384
Kesim ve avda besmelenin hükmü 386
Besmele ne zaman çekilir? 391

Avcı hayvanla avlanmaya ilişkin esaslar ... 391
Avcı hayvanın yakaladığı avın canlı olarak ele geçmesi durumu ... 395
Eğitilmiş tüm köpekler av konusunda aynıdır ... 396
Köpek nasıl eğitimli duruma gelir? ... 399
Ateşe tapanın kestiği yenir mi? ... 401
Ehli kitabın avı ve kestiği yenir mi? ... 403
Yıldıza tapanın kestiği ve avının durumu ... 405
Balığa ilişkin hükümler ... 405
Bir avcının avına başka bir avcının müdahalesi ... 409
Evcil hayvanın vahşîleşmesi ... 414
Kuyuya düşen hayvanın durumu ... 415
Canlı hayvandan kesilen parçanın durumu ... 416
Eti yenen ve yenmeyen hayvanlar ... 417

KARMA İNDEKS ... 421

بِسْمِ اللهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِيمِ

BULUNTU EŞYA KİTABI

(كتاب اللقطة)

Zâhid ve çok büyük, Şemsü'l-eimme ve Fahru'l-islam Şeyh Ebû Bekir Muhammed b. Ebi'l-Fazl es-Serahsî şöyle dedi: [11/2]

İnsanlar bir malı bulan kimse hakkında görüş ayrılığına düşmüşlerdir. Buluntu malın alınması

Felsefe yapanlar şöyle derler: "Kişinin o malı alması helâl değildir. Çünkü bulan kişi, malı sahibinden izinsiz olarak almıştır. Bu ise, dinen haramdır. Bir kimsenin başkasının malını izinsiz olarak alması nasıl haramsa malına el koyması da haramdır."

Tâbiûnun imamlarından olan bir kısım ilk dönem fakihleri ise şöyle demişlerdir: "Bu malı almak helâldir. Ancak almayıp yerinde bırakmak daha faziletlidir. Çünkü sahibi, o malı düştüğü yerde arar. Sahipsiz malı bulan kimse onu yerinde bırakınca sahibi onu orada bulur. Diğer yandan malı bulan kimse, aldıktan sonra ona aç gözlülük etmekten emin olamaz. Dolayısıyla o malı almakla kendini belâya atmış olur."

Hanefi Âlimlerimiz (rh.a) ve fakihlerin çoğunluğunun görüşü ise şöyledir:

Sahipsiz malı almak, yerinde bırakmaktan daha iyidir.

Çünkü o malı yerinde bırakması durumunda o malın hain bir kimsenin eline geçmesi ve o kimsenin malı sahibinden saklamasından emin olamaz.

Bulan kimse ise malı alınca sahibine ulaştırmak için ilan eder. Ayrıca mal bulan kimse onu almakla emânet malın sorumluluğunu almış olur. Çünkü onu koruma altına alıp ilan edecektir. Emanet malı sahibine ulaştırma sorumluluğuna girmek ise sevap hükmünde bir farzdır.

Çünkü sorumluluk altına girdiği emâneti sahibine ulaştırmakla sevap kazanır. Çünkü böyle yapmakla Allahu Teâlâ'nın

﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا ﴾

"Allah size mutlaka emanetleri ehli olanlara vermenizi emreder." (en-Nisâ, 4/58) emrine uymuş olur. Emre uymak ise sevap kazanmaya neden olur.

Buluntu mal iki türlüdür:

Birincisi; sahibinin aramayacağı bilinen, nar kabuğu ve meyve çekirdeği gibi şeylerdir. Buluntu malın türleri

İkincisi ise; sahibinin arayacağı bilinen şeylerdir.

Birinci türe giren malları almak ve yararlanmak caizdir. Ancak bulan kişi onu aldıktan sonra sahibi malını onun elinde bulursa alabilir.

Çünkü onun sahibi tarafından atılması başkasına mülk yapmak değil, bulan kimsenin yararlanmasına izin vermek demektir. Çünkü bir malın belirsiz bir kimsenin mülkü yapılması geçerli değildir. Yararlanma izni veren kimsenin mülkiyeti, verdiği bu izinle ortadan kalkmaz. Aksine yararlanma izni verilen kimse izin verenin mülkiyeti ortadan kalkmaksızın yararlanma hakkına sahip olur. Dolayısıyla malik onu başka birisinin elinde bulunca kendi mülkünü bulmuş olur.

Peygamber (s.a.v.),

من وجد عَيْنَ مالِه فهُو أحقُّ به

"Malını bulan kimse ona başkalarından daha fazla hak sahibidir." buyurmuştur.[1]

Bir kimse böyle bir malı toplanmış bir durumda bulursa ondan yararlanamaz.

Çünkü görünen, mal sahibi onu topladıktan sonra atmamış fakat mal düşmüştür. Dolayısıyla toplanmış durumdaki mal, sahibinin arayacağı ikinci türden olur.

Buluntu malın korunması ve ilân edilmesi

[11/3]

Bişr, Ebû Yusuf (rh.a.)'tan şöyle rivâyet etmiştir: Bir kimse, ölmüş bir koyunu atsa, başka birisi de gelip koyunun yününü kırksa o yünden yararlanabilir. Ancak koyun sahibi, yünü onun elinde bulursa alabilir. Bir kimse atılmış ölü koyunu yüzüp derisini tabaklasa koyun sahibi, tabaklama[2]nın deriye kattığı artı değeri ödedikten sonra deriyi alabilir. Çünkü koyunu atmakla onun üzerindeki mülkiyeti sona ermiş değildir. Yün ise başlı başına değeri olan bir maldır. Dolayısıyla yünü, karşılığında bir bedel ödemeksizin alır. Deri ise ancak tabaklanarak dinen değerli bir mal olur. Dolayısıyla koyun sahibi, derisini almak istediği zaman tabaklamanın deriye kattığı artı değeri ödemelidir.

İkinci türden olan yani sahibinin arayacağı bilinen bir mal bulan kimsenin onu koruması ve sahibine ulaştırmak için ilan etmesi gerekir.

Muhammed (rh.a.), İbrahim en-Nehaî'den bu hükmü rivâyet ederek konuya girmiş ve lukata hakkında şöyle demiştir:

Sahipsiz mal bulan kimse onu bir yıl ilan eder. Sahibi gelirse ona verir. Gelmezse sadaka olarak verir. Sadaka olarak verdikten sonra mal sahibi

---

[1] İbn Ebû Şeybe, *Musannef*, IV/279; Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, II/228; Ebû Dâvûd, İcâre 80; Dârekutnî, *Sünen*, III/28; Taberânî, *el-Mu'cemü'l-kebîr*, VII/207.

[2] **Tabaklama:** Bakteri faaliyetine son derece açık olan deri proteinine, bitkisel, mineral ve sentetik kimyasallar (Tanen) yardımı ile kokuşmadan ve bozunmadan kullanılabilecek esnek bir yapı kazandırılması işlemine "Tabaklama" denmektedir.

gelirse şu iki şeyden birini seçme hakkına sahiptir; isterse sadakayı onaylar, isterse malını ödettirir.

Muhammed (rh.a.) bu ifadeleri, İbrahim en-Nehaî'nin sözünü delil olarak göstermek için aktarmamıştır. Çünkü Ebû Hanîfe (rh.a.) tâbiûnu taklit etmeyi uygun bulmayarak "Onlar adamdır, biz de adamız."derdi. Fakat İbrahim en-Nehaî'nin, verdiği fetvâlarda Ali ve İbn Mes'ud (r.a.)'un görüşlerine dayandığı Muhammed'e göre sabit olmuştur. Çünkü Kûfe fakihlerinin fıkhı bu iki sahabînin görüşleri etrafında yumaklanır. İbrahim en-Nehaî bu iki sahabinin görüşlerini en iyi bilen kişiydi. Dolayısıyla İbrahim en-Nehaî'den doğru bir şekilde nakledilen hüküm, Ali ve İbn Mes'ud (rh.a.)'dan nakledilmiş gibidir. Bu nedenle Muhammed (rh.a.) *el-Asl* kitabını, İbrahim en-Nehaî'nin sözleriyle doldurmuştur.

Yukarıdaki hadis, sahipsiz mal bulan kimsenin onu bir yıl ilan etmesi gerektiğini açıklamaktadır. Sürenin bir yıl olarak belirlenmesi, her şeyde gerekli olan genel bir belirleme değildir. Sahipsiz mal bulan kimse, sahibinin o malı aramakta olduğunu düşündüğü bir süre ilan etmeye devam eder. Bu ise, malın azlığına ve çokluğuna göre değişir. Bundan dolayı fakihler, on dirhem ve üzerindeki malları bir yıl ilan eder, demişlerdir. Çünkü bu miktardaki bir malın çalınması, çalanın elinin kesilmesini gerektiren önemli bir miktardır. Kişi bu miktarda bir malla önemli şeylere malik olabilir.

İlan, mal sahibinin mazereti olabileceği düşüncesiyle meşru kılınmıştır. Bir yıl, mal sahibinin onu arayıp bulması için uygun bir süredir. Şair şöyle demiştir: *"Bir yıla kadar, sonra size selam olsun. Tam bir yıl ağlayan mazeretini ifade etmiştir"*[3]

On dirhemin altında üç dirheme kadar olan mallarda bir ay ilan eder. Üç dirhemden daha az olan malda ise bir cuma (bir hafta) ilan eder. Bir dirhemden daha az olan malda ise bir gün ilan eder. Bir fels[4] ve benzerinde ise sağına ve soluna bakar sonra onu bir fakirin eline koyar.

Bu sürelerden hiçbirisi bağlayıcı sınırlamalar değildir. Çünkü miktarlar rey ile sabit olmaz. Fakat biz biliyoruz ki ilan, mal sahibinin malını aradığı düşüncesine dayanır. O kimsenin, malını gerçekte ne kadar süre arayacağını bilme yolumuz olmadığı için bu süre, bulan kimsenin galip zannına bırakılır. Bulan kişi, az miktarda olan malı, artık sahibinin aramayacağı kanısına varıncaya kadar ilan etmeye devam eder. İlan ettikten sonra sahibi ortaya çıkmayınca hayır olarak verebilir. Çünkü sahibi adına o malı korumakla yükümlü olmuştur. Korumak ise mal sahibini bulursa malın kendisini, bulamazsa sevabını ona ulaştırmakla olur. Sevabını ulaştırmanın yolu ise hayır olarak vermektir.

---

[3] وعش ثلث حولا تعد فقد اعذر في حول ثم اسم سلامه عليكما

[4] **Fels /** الفلس: Çoğuluna "fülûs" denir. İslâm'ın ilk devirlerinden itibaren basılan bakır ve bronz sikkelere verilen isim. En eski İslam bakır sikkesi (fels), 638 yılında Dımeşk'te basılmıştır. Çeşitli yer ve zamanlarda basılan felslerin ağırları, boyutları ve ön ile arka yüzlerindeki yazıları sabit değildir.

Sadaka olarak verilen buluntu mal

Hayır olarak verdikten sonra mal sahibi gelirse seçme hakkına sahip olur; isterse malını ödettirir.

Çünkü bulan kimse, o malı sahibinin izni olmaksızın hayır olarak vermiştir. Bir kimsenin malını izni olmaksızın hayır olarak vermek ise ödemeyi gerektirir.

İsterse sadakayı onaylar ve sevabı kendisine ait olur. Mal sahibinin işlem gerçekleştikten sonra onaylaması henüz gerçekleşmeden izin vermesi hükmündedir.

"Din, bulan kimsenin onu hayır olarak vermesine izin verdiği durumda mal sahibi nasıl ödettirebilir?" diye bir itiraz olursa biz şöyle cevap veririz: "Din onun hayır olarak vermesini mübah kılmıştır. Hayır olarak vermekle yükümlü kılmamıştır. [11/4] Böyle bir izin ise başkasına ait olan saygın bir hakkı düşürmeyip, yalnızca o kimseden günahı kaldırır. Buradaki izin, av hayvanına ok atma ve yolda yürüme izni gibidir. Bu izin, başkasına zarar vermemek koşuluyla kayıtlıdır. Mal sahibinin, malı üzerindeki hakkının korunması ve gözetilmesi gerekir. Dolayısıyla bu izinle onun, malı üzerindeki hakkı düşmez. Bundan dolayı isterse ödettirebilir. Buradaki izin, (ölüme veya hastalığa neden olacak ölçüde) acıkan kimseye, başkasının mülkiyetinde olan bir şeyi yemek konusunda verilen izinden daha zayıftır. Başkasının malından yeme izni ise mal sahibinin hakkı nedeniyle gereken ödeme yükümlülüğünü düşürmemektedir.

Buluntu malda işlem yapanın ödeme yükümlülüğü

Rivâyet edildiğine göre İbn Mes'ûd (r.a.) bir kimseden yedi yüz veya sekiz yüz dirheme bir cariye satın aldı. Cariyeyi satan kimse gitti. İbn Mes'ûd (r.a.) onu bulamadı. Bir kese içinde parayı yanına alıp çıktı. Bir yandan parayı hayır olarak veriyor, bir yandan da cariyenin sahibi hakkında "O, parasının hayır olarak verilmesine yanaşmazsa sadakanın sevabı bize aittir. Onun parasını da öderiz." diyordu. Parayı hayır olarak verip bitirince *"Buluntu mal hakkında da böyle yapılır."* dedi.[5]

Bu söz, sahipsiz mal bulan kimsenin, onu ilan ettikten sonra hayır olarak verebileceğini, mal sahibinin onaylaması durumunda sadaka sevabının ona ait olacağını, onaylamaması durumunda ise hayır olarak veren kimseden ödeme talebinde bulunabileceğini açıklamaktadır. İbn Mes'ûd (r.a.) bu sözüyle kişinin ödemekle yükümlü olduğu bedelin, her yönden Buluntu mal hükmünde olduğunu kastetmiş değildir. İbn Mes'ûd'un bunu kastetmiş olması nasıl mümkün olabilir ki? Cariyenin bedeli, zimmette olan bir borçtur. Hayır olarak verdiği dirhemler tamamen kendisine aittir. Buluntu mal ise sahibine aittir. Bir malı bulan kimse, o

---

[5] Abdurrezzak, *Musannef*, X/139; İbn Ebû Şeybe, *Musannef*, IV/414; Buhârî, Talâk 22; Taberânî, *el-Mu'cemü'l-kebîr*, IX/346; Heysemî, *Mecmau'z-zevâid*, VI/187; Zeyleî, *Nasbu'r-râye*, III/360.

malı emanetçi olarak (yed-i emân[6] ile) elinde bulundurmaktadır. Buradan anlıyoruz ki satıcının teslim almadığı satım bedeli, buluntu mal hükmünde değildir.

"İbn Mes'ûd (r.a.), o cariyeyi belli bir mal karşılığında almış olabilir." denilemez. Çünkü onun ictihadına göre altın ve gümüş para akitte belirlenmez (teayyün etmez). Belirlense bile alıcının ödeme yükümlülüğü altında olur. Buradan anlıyoruz ki bu, her bakımdan buluntu mal gibi değildir. İbn Mes'ûd (r.a.), bu hayır olarak verme ile kendi borcunu düşürmeyi kastetmemiştir. Aksine bu gibi işlemlerde karşı tarafa güzel davranmayı ve cariyeyi satan kimse razı olursa sadakanın sevabının ona ait olacağını, razı olmazsa cariyenin bedelinin zimmetinde bir borç olacağını kastetmiştir.

Üseyd b Hudayr (r.a.)'ın azatlı kölesi Ebû Saîd'in şöyle dediği rivâyet edilmiştir: Ben mükâteb köle iken Harra'da[7] beş yüz dirhem buldum. Bunu, Ömer b. Hattab (r.a.)'a söyledim. O da "Bu para ile çalış ve onu ilan et."dedi. Bunun üzerine ben o parayla çalıştım. Mükâtebe bedelimi ödedim. Sonra Ömer'e gelerek bunu ona haber verdim. Ömer "Bu parayı, hazine görevlisine teslim et." dedi.

Buluntu malın ödünç ve sürekli kalmak üzere verilmesi

Bu rivâyette devlet başkanının buluntu malı ödünç (karz)[8] ve mudarebe[9] sermayesi olarak verme yetkisi bulunduğuna delil vardır. Çünkü Ömer (r.a.)'in "Bu para ile çalış ve onu ilan et" sözü ya mudarebe yoluyla olur ya da mudarebe yapması için borç vermek yoluyla olur. Ömer (r.a.)'in kâr payı belirlenmediğine göre o, bu sözle mudarebe sözleşmesini değil, borç vermeyi kastetmiştir.

Buluntu mal, borç olarak verilince mal sahibi de gözetilmiş olur.

Çünkü buluntu mal, ödünç verilmeden önce telef olabilir. Bu durumda sahibinin kesesinden telef olmuş olur. Ödünç verildikten sonra ise ödünç alanın zimmetinde bir borç olur. Artık, telef olması durumunda sahibinin kesesinden telef olma korkusu kalmaz. Ödünç alanın inkar etmesi durumunda da sahibi tarafından telef olmaz. Çünkü bu, hâkimin de bilgisi ile kesin olarak pekiştirilmiştir. Bu nedenle hâkim, yetim malını da ödünç verebilir.

---

[6] **Yed-i emân:** Anlaşmazlık konusu olan bir şeyin saklanması ve idaresi mahkemece kendisine verilen güvenilir kimse. "Yed-i emîn" ve "Yed-i adl" de denilir.

[7] **Harra**, Medine'de siyah taşlarla örtülü bir tepenin adıdır.

[8] **Karz / القرض:** Ödünç verilen mislî (standart) mal. Bir kimsenin para ya da mislî bir malını daha sonra mislini almak üzere bir şahsa vermesine karz ve "ikraz" denir. Bu şekilde ödünç verene "mukriz", ödünç alana "müstakriz", ödünç almaya ise "istikrâz" denir.

[9] **Mudârebe sözleşmesi:** Emek- sermaye ortaklığı. Bir taraftan sermaye diğer taraftan emek olmak üzere gerçekleştirilen bir tür ortaklıktır. Kâr aralarında belirlenecek orana göre paylaştırılır. Sermaye sahibine "rabbü'l-mâl", parayı çalıştırana da "mudârib" denir. İki çeşit mudârebe sözleşmesi vardır: Mudârebe-i mutlaka; zaman, mekan, yapılacak ticaretin türü ve satıcının belirlenmesi hususlarıyla kayıtlanmamış olan mudârebedir. Mudârebe-i mukayyede; zaman veya mekan yahut bir ticâret türü ya da alıcı ve satıcının belirlenmesi ile kayıtlı olan mudârebe şeklidir.

Buluntu malın, bulana veya başka birisine mudarebe sermayesi olarak verilmesiyle de mal sahibinin yararı gözetilebilir. Bu konudaki yetki tamamen hâkime aittir.

Çünkü o, halkın çıkarını gözetmek için görevlendirilmiştir.

[11/5] Bu rivâyetten; Bir malı bulan kimse, ihtiyaç içinde ise buluntu malı ilan ettikten sonra ondan yararlanabileceği de anlaşılmaktadır. Çünkü bu mükâtep köle (olayını anlatan Ebû Saîd), bulduğu malı çalıştırarak kitâbet borcunu, kazancından ödeme ihtiyacı içindeydi. Ömer (r.a.) de bu konuda ona izin verdi.

Bu rivâyetten bir de durum gerektiriyorsa devlet başkanının buluntu malı bulan kimsenin elinden alabileceği de anlaşılmaktadır. Çünkü Ömer (r.a.) Ebû Saîd'e buluntu malı hazine görevlisine teslim etmesini emretmiştir. Öyle görülüyor ki Ömer (r.a.) ilandan sonra buluntu malı hayır olarak vermekten başka bir yol olmadığı için Ebû Saîd'e bulduğu malı, sadaka malları görevlisine vermesini emretmiş ki o, buluntu malı sadaka mallarının harcanacağı bir yere harcasın.

el-Asl'da Süveyd b. Gafle'nin şöyle dediği anılmıştır: Selman b. Rebîa, Zeyd b. Sûhân ve Resûlüllah'ın sahabîlerinden (r.a.) bir çoklarıyla hacca gittim. Bir kırbaç bulduk. Beraberinde hacc yaptığım sahâbîler sakınıp onu almak istemediler. O kırbaca en fazla ihtiyacı olanları bendim. Bu nedenle onu aldım. Bunu Übeyy b. Ka'b'a sordum. Bana Resûlüllah hayatta iken bulduğu yüz dinarın hikayesini şöyle anlattı: Ben yüz dinar bulup bunu Peygamber (s.a.v.)'e haber verdim. O da

عرفها سنة

"Bu yüz dinarı bir yıl ilan et." dedi. Ben de ilan ettim. Sahibi çıkmadı. Ben bunu Resûlüllah'a haber verince bana

عرفها سنة أخرى

"Bir yıl daha ilan et." dedi. Ben de ilan ettim. Yine sahibi çıkmadı. Ben bunu Resûlüllah'a haber verince

عرفها سنة أخرى

"Bir yıl daha ilan et." dedi. Ben de ilan ettim. Yine sahibi çıkmadı. Bunu Resûlüllah'a haber verince üç yıl geçtikten sonra bana;

اعرف عددها ووكاءها واخلطها بمالك ، فإن جاء طالبها فادفعها إليه وإلا فانتفع بها. فإنها رزق ساقه الله إليك

"Bu paranın sayısını ve kesesini belirle ve kendi malına karıştır. Sahibi gelip isterse ona ver. Sahibi çıkmazsa ondan yararlan. Çünkü bu mal Allah'ın sana gönderdiği bir rızıktır." buyurdu.[10]

Süveyd b. Akle'nin "Biz bir kırbaç bulduk" sözünden kırılmış bir kırbaç kastedilmiş olabilir. Bu durumda sahibinin onu attığı, Süveyd'in yanındaki sahâbîlerin de ona ihtiyaçları olmadığı için yerinde bıraktığı, Süveyd'in ise ihtiyaç duyması nedeniyle yararlanmak için onu aldığı anlaşılır. Bu da sahibinin attığı malı, isteyen kimsenin yararlanmak için almasının mübâh olduğunu gösterir. Süveyd'in bu sözünde geçen kırbacın değerli bir mal olması ve sahibinin onu araması olasılığı da vardır. Bu durumda kırbaç buluntu mal hükmünde olur.

Süveyd'in "Sahâbe topluluğu ondan sakındı." sözünde de "buluntu malı yerinde bırakmak almaktan daha faziletlidir" diyen fakihler için bir delil vardır.

Fakat biz Hanefiler diyoruz ki: Bu fazilet, o zaman için söz konusuydu. Çünkü salih ve dürüst kimseler çoğunluktaydı. Birisi bir malı almayıp yerinde bıraktığı zaman diğerleri de yerinde bırakıyordu veya emaneti sahibine teslim etmek için alıyordu. Zamanımızda ise kötü kimseler çoğunluktadır. Güvenilir kimse malı yerinde bırakınca niyeti bozuk olan kimse onu alıp sahibinden saklar. Hüküm insanların durumundaki değişmeye göre değişir. Görmez misin Resûlüllah (s.a.v.) ve Ebû Bekir Sıddîk (r.a.) zamanlarında kadınlar camiye cemaate çıkardı. Sonra Ömer (r.a.) zamanında bu onlara yasaklandı ve bu yasaklama doğru idi.

Übeyy b. Ka'b (r.a.)'ın rivâyet ettiği hadiste de "İlan etmeyi bir yıl ile sınırlamak gerekli değildir. Kişi, mal sahibinin aramayı bıraktığı kanısına varıncaya kadar ilan etmeye devam eder." sözümüze delil vardır. Görmez misin yüz dinar büyük bir mal olduğu için Resûlüllah (s.a.v.) Übeyy (r.a.)'e ilan etmeye ardı ardına üç yıl devam etmesini emretti.

Şâfiî (rh.a.) bu hadisin görünüşteki anlamından hareket ederek "Bir malı bulan kimse, ilan ettikten sonra zengin bile olsa ondan yararlanabilir. Çünkü Resûlüllah (s.a.v.) zengin olmasına rağmen Übeyy (r.a.)'e bunu caiz görmüştür. Peygamber (s.a.v.)'in اخلطه بمالك *"Bunu, kendi malına karıştır."* demesi, Übeyy'in zengin olduğunu gösterir." demiştir. **[11/6]**

Biz Hanefiler ise şöyle diyoruz: Übeyy b. Ka'b fakir olduğu ve borçlarını ödemek için mala ihtiyaç duyduğu için Resûlüllah onun bu maldan yararlanmasına ve bu malı kendi malına karıştırmasına izin vermiş olabilir. Veya Resûlüllah , o malın İslam ülkesine güvence ile girmemiş olan bir savaş ülkesi vatandaşına (harbîye) ait olduğunu, Übeyy'in eline ilk önce geçtiğini bildiği için onu bu mal

---

[10] İbn Ebû Şeybe, *Musannef*, IV/414; Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, V/126, 127; Buhârî, Lukata 1, 10; Müslim, Lukata 9; İbn Mâce, Lukata 2; Ebû Dâvûd, Lukata 1; Tirmizî, Ahkâm 35, Taberânî, *el-Mu'cemü'l-*evsat, V/141, Beyhakî, *es-Sünenü'l-*kübrâ, III/421; 167.

üzerinde başkalarından daha fazla hak sahibi görmüş olabilir. Resûlüllah (s.a.v.) ﷺ رزقٌ سَاقَهُ اللهُ الَيْكَ *"Bu mal, Allah'ın sana gönderdiği bir rızıktır."* buyurarak buna işaret etmiştir. Fakat buna rağmen önlem alma gereği, ona dirhemlerin sayısını ve kabını bilmesini emretmiştir. Ta ki böylece hakkı dokunulmaz olan mal sahibi gelince, benzerini vererek borçtan kurtulma imkanı bulabilsin.

Buluntu malın ilân edileceği yer

Hasan b. Sabbâh'ın şöyle dediği nakledilmiştir: Hacc günlerinde birisi sahipsiz bir mal buldu. Hükmünü Abdullah b. Ömer (r.a.)'e sordu.[11] O da "Hacc vaktinde bunu ilan et. Sahibi gelirse ona ver. Gelmezse hayır olarak ver (tasadduk et). Sen hayır olarak verdikten sonra sahibi gelirse, ona sadakanın sevabı ile malının bedeli yani değeri arasında seçim hakkı tanı. Malının değerini tercih ederse değerini ona ver. Sadakanın sevabını tercih ederse sevap onundur." dedi.[12]

Bu rivâyette bir malı bulan kimsenin onu, bulduğu ve insanların toplu olduğu bir yerde ilan etmesi gerektiğine delil vardır. Bundan dolayı İbn Ömer o kimseye o malı hacc vaktinde ilan etmesini emretmiştir. Çünkü maksat onu sahibine ulaştırmaktır. Bu da bulduğu malı insanların topluca olduğu bir yerde ilan etmekle olur. Böylece insanlar aralarında buluntu mal hakkında konuşur. Mal sahibi, malından haberdar olur.

İlanın açıktan yapılması

Ebû İshak'tan rivâyet edilmiştir ki bir kimse şöyle demiştir: Ali b Ebû Tâlip (r.a.) insanları Sıffîn savaşına seferber edince ben sahipsiz bir mal buldum. Bunu hafiften ilan ettim. Ali b. Ebî Tâlib (r.a.)'in yanına gelince bunu ona haber verdim. Elini göğsüme vurdu –başka bir rivâyette de "Sen kalın kafalı bir kimsesin" dedi.- Bu malın benzerini al ve bulduğun yere götür. Sahibini bulursan ona ver. Bulamazsan hayır olarak ver. Sen, hayır olarak verdikten sonra sahibi gelirse şunlardan birini seçsin; isterse sadakanın sevabını tercih eder. İsterse buluntuyu sana ödettirir." dedi.[13]

Bu kimsenin "Sahipsiz malı hafiften ilan ettim." sözü "Gizlice duyurdum ve insanların toplu olduğu bir yerde ilan etmedim" demektir. Sanki bu kimse o malın kendisine kalmasını istemişti de Ali (r.a.) onun niyetini anlayarak göğsüne vurdu. "Sen başkasının malına göz diken temiz kalpli birisin" şeklinde diyeceğini dedi. Bu, Ali (r.a.)'nin yaptığı şaka şeklinde bir eleştiridir. O şakacı biriydi. Nitekim kendisine Ali (r.a.)'nin halife olması teklif edildiğinde Ömer (r.a.) "O, kendisindeki şakacılık olmasa halifelik görevine getirildiği zaman insanları aydınlık yola sevkedebilir." demiştir.

Bu rivâyette gizlice ilan etmenin yeterli olmayacağına, Ali (r.a.)'nin emrettiği gibi, bir malı bulan kimsenin herkesin duyacağı şekilde ilan yapması gerektiğine ve

---

[11] Kaynaklarda kendisine soru sorulan bu kimsenin Ömer b. Hattab (r.a) nakledilmektedir.

[12] Abdurrezzak, *Musannef*, XI/139; İbn Ebû Şeybe, *Musannef*, X/140.

[13] Abdurrezzak, *Musannef*, XI/139.

malı, bulduğu yerde ilan etmesi gerektiğine delil vardır. Çünkü malın sahibi onu yitirdiği yerde arar.

Hikaye olunmuştur ki bir âlim, yitik bir mal buldu. Ona ihtiyacı vardı. Kendi kendine "Bu mal ilan edilmelidir. Ben bu malı şehirde ilan edersem sahibi ortaya çıkabilir." dedi ve şehir dışına çıktı. Bir kuyunun başına gelince başını kuyuya sarkıttı ve "Ben bu malı buldum. Kimin bunu aradığını duyarsanız bana gönderin." dedi. O sırada kuyunun kenarında elbise yamamakta olan ve o yitik malın sahibi olan adam vardı. Onun peşine düştü. Malını ondan aldı. Bilinmelidir ki kaderde olan mutlaka gerçekleşecektir. Bu nedenle kişinin, dinen üstlendiği şeyi terketmesi doğru değildir. Üstlendiği şey, onu ilan etmek ve sonra sahibi gelirse, ilanla amaçlanan şey gerçekleştiği için o malı sahibine vermektir. Sahibi gelmezse bulan kişi seçim yapar; isterse sahibi gelinceye kadar o malı elinde tutar. İsterse hayır olarak verir. Çünkü buluntu malı korumak en değerli iştir (azimettir[14]). Bir yıl ilan ettikten sonra hayır olarak vermek ise izindir (ruhsattır[15]). Dolayısıyla kişi azimeti esas almak veya ruhsattan yararlanmak konusunda seçim yapar. Hayır olarak verdikten sonra buluntu malın sahibi gelirse mal sahibi de bir seçim yapar; isterse sadakayı onaylar. Sadakanın sevabı kendisine ait olur. İsterse ödettirmeyi tercih eder. Ödettirmeyi tercih ettiği zaman malı bulan kimseye veya bulunan malın hayır olarak verildiği fakire ödettirmek arasında seçim yapar. Çünkü bulan kimse, mal sahibinin malını izni olmadan başkasına mülk yaptığı için, fakir ise onu sahip olmak maksadıyla eline geçirdiği için ödemeyi gerektiren bir şey yapmışlardır. Ödeyen, diğerinden bir şey isteyemez. Fakir ele geçirme konusunda kendi yararına çalıştığı için, ödeme yükümlüsü olduğu şeyi başkasından isteyemez. Bulan kimse ise ödemekle ödediği mala malik olmuş ve böylece kendi malını hayır olarak vermiştir. Dolayısıyla sadakanın sevabı ona aittir. Fakirden bir şey isteyemez.

[11/7]

Bulan kimse fakirse sahipsiz malı ilan ettikten sonra kendisi için harcayabilir.

Fakirin buluntu malı ilân ettikten sonra kullanması

Çünkü hayır olarak vermekle fakirin açığının kapanması ve sevabın mal sahibine ait olması anlamı bulunduğu için, onu başkasına hayır olarak verebilmektedir. Bu maksat, ihtiyaç içinde olması durumunda kendisine harcamasıyla da gerçekleşir. Bu nedenle bir malı bulan kimsenin, onu kendi ihtiyacı için harcama hakkı vardır.

---

[14] **Azîmet / العزيمة:** Kulların özürleri nedeniyle olmaksızın daha başlangıçta konulan hükümlerdir. Bir özre ve zarurete dayanılarak daha sonradan konan hüküm anlamındaki ruhsatın karşıtıdır. Yolculuk halinde Ramazan orucunun tutulması azîmet, tutulmaması ise ruhsattır.

[15] **Ruhsat / الرخصة:** Sözlükte izin, müsaade, kolaylık, cevaz, genişlik, serbest bırakma. Kulların özürlerine dayanılarak kendilerine bir kolaylık ve müsaade olmak üzere sonradan konan hükümlerdir. Hastalık nedeniyle orucun ertelenmesine izin verilmesi gibi.

Ancak zengin olması durumunda, biz Hanefilere göre buluntu malı kendisi için harcayamaz.

Şafiî (rh.a.) ise rivâyet ettiğimiz Übeyy b. Ka'b (r.a.) hadisinden dolayı "Zengin olan kimsenin de sahipsiz malı, zimmetinde bir borç olarak kendisi için harcama hakkı vardır." demiştir. Diğer delili de. Ali (r.a.)'den gelen şu rivâyettir: "Ali, bir dinar bulup ilan ettikten sonra onunla yiyecek satın aldı. Resûlüllah (s.a.v.), Fâtıma, Hasan ve Hüseyin (r.a.) hepsi o yiyecekten yediler. Buluntu malda yapılacak tek şey onu hayır olarak vermek olsaydı ve onu bulan kimsenin kendi yararı için harcaması caiz olmasaydı, onlar bu yiyecekten yemezlerdi. Çünkü sadaka onlara helâl değildir.

Bu şöyle açıklanabilir: Bulan kimsenin, ihtiyaç içinde ise o malı kendi yararı için harcaması caizdir. Çünkü malı o bulmuştur. Bulup almak nedeniyle sabit olan bir hakta ise korumak, ilan etmek ve başkasına hayır olarak vermek konularında fark olmadığı gibi, bulanın zenginliği ve fakirliği arasında da fark yoktur. Çünkü kişinin, bulduğunu kendi yararı için harcamasında hem kendinin, hem de daha çok mal sahibinin yararı söz konusudur. Çünkü o, bulduğu maldan, sahibi geldiği zaman ödeyeceği bir bedel karşılığında yararlanmaktadır. Dolayısıyla bulanın o malı kendisi için harcaması her iki tarafın da yararınadır.

Bu konuda biz Hanefilerin delili, sahipsiz malın ilan edilmesinden sonra hayır olarak verilmesini gerekli kılan rivâyetlerdir. Ayrıca hayır olarak vermenin maksadı, sadakanın sevabının sahibine ulaşmasıdır. Zengin olan kişinin, sahipsiz malı kendisine harcamasıyla bu maksat gerçekleşmez. Aksine bulan kişinin böyle yapmasıyla onu kendisi için aldığı ortaya çıkmış olur. Oysa bir kimsenin sahipsiz bir malı kendisi için alması dinen caiz değildir. Dolayısıyla bundan başlangıçta sakınması nasıl gerekiyorsa aldıktan sonra da, bunu açığa vuran bir davranışta bulunmaktan sakınması gerekir. Biz, Übeyy (r.a.)'in rivâyet ettiği hadisin yorumunu daha önce açıklamıştık. Ali (r.a.) hadisi ile ilgili olarak da şöyle denilmiştir: "Ali (r.a.)'nin bulduğu dinar, sahipsiz mal değildi. Bir melek onu Ali (r.a.)'nin alması için atmıştı. Çünkü onlar günlerdir yiyecek yüzü görmüyordu. Bu, Resûlüllah (s.a.v.)'a vahiy yoluyla bildirildi. Bu nedenle o yiyecekten yediler. [11/8]

Ayrıca onların farz olan sadaka (zekat) almaları helâl değildi. Ali (r.a.)'nin bulduğu dinar ise farz olan sadakalardan değildi. Bu nedenle Ali (r.a.) ihtiyacı nedeniyle o dinar ile yiyecek satın almayı uygun gördü.

Bir malın sahibine verilmesini gerektiren durumlar

Bir kimse bir miktar dirhem veya dinar (para cinsinden bir şey bulsa) bulsa sonra sahibi gelip paranın ağırlığını, sayısını ve çıkısını açıklasa ve bütün özelliklerde isabet etse biz Hanefilere göre onu bulan kişi, isterse onu sahibine verir, isterse tanık getirinceye kadar vermez.

Malik (r.a.) şöyle demiştir: "Onu o kimseye vermek zorundadır. Çünkü o kimse mal sahibi olduğunu gösteren alametlerde isabet etmiştir. Herkesin aklına gelecek

ilk şey o kimsenin, o malın sahibi olduğudur. Bir malda hak iddia eden başka birisi olmayınca görünüşteki durum ile o malı alma hakkı elde edilebilir. Nitekim zilyedin, elinde bulundurduğu mala malik olması görünüşteki durum dikkate alınarak sabit olmuştur. Malı bulan kimse, onun sahibi olduğunu iddia eden kimsenin hasmı (dâvalısı) değildir. Çünkü o, malın kendisine ait olduğunu iddia etmemektedir. Diğer yandan mal sahibinin tanık getirmesi de mümkün değildir. Çünkü mal kendisinden düştüğü sırada kimseyi buna tanık tutmuş değildir. Zaten buna tanık tutması mümkün olsaydı o malı düşürmezdi. Tanık getirme koşulu, imkansızlıktan dolayı düşer. Mal sahibi olma alameti, tanık getirme yerini tutar. Nitekim erkeklerin bilemeyeceği konularda kadınların tanıklığı onların tanıklığı yerini tutmaktadır."

Biz Hanefiler ise diyoruz ki: Belirtilerde tutturmak bir çok şekilde olabilir. Örneğin sahipsiz malın özellikleri tahmin yoluyla bilinebilir; insan, başkasının mülküne bakarak bunu bilebilir. Mal sahibi, yitirdiği malı ararken onun özelliklerini söylemiş, o kimse de bunu duymuş olabilir. Dolayısıyla ihtimalli olan şey, başkası hakkında bağlayıcı bir delil olmaz. Ayrıca bulan kimse emanetçidir. Dolayısıyla buluntu malı sahibinden başkasına verirse ödemeyle yükümlü olur. Bu nedenle malı, o kimseye tanık getirip malın kendisine ait olduğunu hükmî (itibarî) bir delil ile ispatlamadığı sürece vermeyip ödeme yükümlülüğünü gerektiren bir şey yapmaktan kaçınma hakkı vardır. Görünen duruma bakıp geniş davranarak onu o kimseye vermesi de caizdir.

Verirse kendi yararı için malı verdiğine dair ondan kefil ister.

Çünkü gerçek sahip gelip malını, bulan kimseye ödettirebilir. Bulan kimse de o malı kendisinden alan kimseye karşı hak talebinde bulunamaz. Çünkü kendini saklar (yani onu aldığını inkar eder). Bundan dolayı bulan kimse, o malı verdiği kişiden kefil alarak tedbirli davranır.

Bulan kimse, mülkiyet alametlerini söyleyen kimseyi doğrulayıp malı ona verdikten sonra, başka birisi o malın kendisine ait olduğuna tanık getirse bulan kimseye onu ödettirebilir.

Bulan kimse, malın kendine ait olduğunu iddia edip belirtilerini söyleyen kimsenin sözünü doğruladıktan sonra onu o kimseye vermesi emredilir.

Çünkü ikrar, yalnızca ikrarda bulunan kimse hakkında delildir. Ancak ikrar başkasının tanıkları karşısında duramaz. Çünkü tanıklık bütün insanları bağlayan bir delildir. Dolayısıyla tanık getiren kimsenin, o mal üzerindeki mülkiyeti, tanıklar ile kesinlik kazanır. Bulan kimsenin, onun malını izni olmaksızın başkasına verdiği anlaşılır. Bu nedenle mal sahibi seçim hakkına sahiptir; dilerse elinde bulunduran kimseye, malı eline geçirdiği için ödettirir. Dilerse bulan kimseye, malını başkasına verdiği için ödettirir. Bulan kimseye ödettirmesi durumunda bulan kimse, malı

verdiği kimseyi, belirtilerde tutturduğu için doğrulamış ise de ödeme bedelini ondan ister. Çünkü bu doğrulama, görünüşe dayanıyordu. Görünüşe aykırı hüküm verildikten sonra bu doğrulamanın bir önemi kalmamıştır. İkrar eden kimse yaptığı ikrarda yalanlanınca ikrarı dikkate alınmaz. Örneğin alıcı, satıcının satım konusu mala malik olduğunu ikrar ettikten sonra o mal başkasına ait çıkıp o kişi, alıcının elinden malı alsa alıcı, bedeli satıcıdan geri alır.

Emanet veren kimsenin vekili hakkında sabit bir rivâyet bulunmaktadır. Şöyle ki;

[11/9] **Emanet verenin vekili emanetçiye gelip "Ben emanet malı geri almak konusunda falancanın vekiliyim."dese, o da doğrulasa malı o kimseye vermeye zorlanamaz.**

Ancak Ebû Yusuf (rh.a)'tan gelen bir rivâyete göre mecburdur.

Alacaklının vekili böyle değildir.

Çünkü borçlu borcunu kendi malından öder. Malı hakkındaki ikrarı kendisini bağlar.

Ama emanetçi, başkasının mülkündeki kabzetme[16] hakkını ikrar etmiştir. Başkasının mülkü hakkındaki ikrar bağlayıcı değildir. Bazı Hanefi fakihlerimiz (rh.a.) buna dayanarak buluntu mal hakkında "Doğrulasa bile vedia gibi sahipsiz malı da vermeye zorlanmaz." demişlerdir. Bazı fakihlerimiz ise vedia ve sahipsiz malı birbirinden ayırarak "Vediada, mülkün gelen kimseden başkasına ait olduğu açıktır. Buluntu malda ise mülkün gelen kimseye ait olduğu açık değildir. Bundan dolayı bulan kimsenin ikrarı, sahipsiz malı gelen kimseye vermesini gerektirir.

Ayrıca vediada, emanetçi vekilini doğruladıktan sonra vediayı ona verse ve emanet (vedia) vekilin elinde telef olsa, sonra emaneti veren kimse gelip o kimsenin vekilliğini inkar ederek emanetçiye malını ödettirse, emanetçi vekilden bir şey isteyemez. Buluntu malda ise bulan kimsenin, sahipsiz malın bedelini, verdiği kimseden isteme hakkı vardır. Çünkü emanet konusunda emanetçiye göre vekil emaneti teslim alma konusunda emanet bırakanın emriyle onun adına hareket etmektedir. Ödeme sorumluluğu yoktur. Emanet bırakan emaneti kendisine ödettirmekle haksızlık etmiştir. Haksızlığa uğrayan kimse ise başkasına haksızlık edemez. Buluntu malda ise bulan kimseye göre malı alan kimse, kendi yararı için çalışmaktadır. Mülkün başkasına ait olduğu tanıklar ile ortaya çıkarsa ödeyecektir. Bu nedenle bulan kimse, mal sahibinin hakkını ödedikten sonra, ödeme bedelini malı alan kimseden isteyebilir.

Bunu şu açıklar: Emanet konusunda emanet bırakan vekilliği inkar etmektedi. Yeminiyle birlikte onun sözü kabul edilir. Dolayısıyla burada tanığa gerek yoktur.

---

[16] **Kabz / القبض** El koyma. Müşterinin satın aldığı bir şeyi satıcıdan fiilî olarak teslim alması, üzerinde fiilî tasarruf imkânına sahip olması.

Hâkim, emanetçinin ödemeyle yükümlü olduğuna "vekilliğin olmaması asıldır" prensibini göz önüne alarak hükmeder. Dolayısıyla emanetçi hükmen, düşüncesinde yalanlanmış olmaz. Buluntu malda ise bulan kimsenin ödeme yükümlülüğüne ancak tanıklar ile hüküm verilebilir. Dolayısıyla bulan kimse, hükmen düşüncesinde yalanlanmış olur.

Çabuk bozulacak bir malın bulunması

Bulunan mal, bir iki gün bekleyince bozulacak türden ise bulan kişi ilan eder. Bozulacağı zaman gelmeden önce hayır olarak verir.

Çünkü ilan etmenin amacı malı sahibine ulaştırmaktır. Dolayısıyla ilan süresi, malın sağlam kalma süresiyle sınırlıdır. Çünkü bozulduktan sonra onu sahibine ulaştırmanın bir anlamı yoktur. Daha önce de belirttiğimiz gibi malı hayır olarak vermek, sevap açısından malı sahibi için koruma yoludur. Bu nedenle bulan kimse malın bozulacağını anlayınca bu yola başvurur.

Bir kimse sahipsiz bir koyun, deve, sığır veya eşek bulsa, bunları korumasına alsa, ilan etse ve bunun için masraf yapsa, sonra sahibi gelip tanıklar ile onun kendine ait olduğunu ispatlasa hayvanı bulan kimse yaptığı masrafı hayvan sahibinden isteyemez.

Çünkü emri olmaksızın başkasının malı için harcama yapmakla bağışta bulunmuştur.

Ancak hâkimin emriyle harcama yapmışsa o zaman ister.

Çünkü hâkimin emri mal sahibinin emri gibidir. Çünkü mal sahibi yararını düşünmekten aciz olunca hâkimin, onun yararını düşünme yetkisi vardır. Bulan kimsenin hayvan için masraf yapmasını emretmek de hayvan sahibinin yararınadır. Çünkü hayvanın besini karşılanmadan hayatta kalması normal olarak mümkün değildir.

Hayvanı bulan kimse bunu hâkime bildirir ve bulduğuna dair tanıklar getirirse, hâkim ona hayvan için uygun miktarda harcama yapmasını emreder.

Biz bu konudaki tanıklığı kabul etmenin ve kabul ettikten sonra harcama yapmayı emretmenin yolunu "Lakit"[17] konusunda açıklamıştık. Hâkim hayvan sahibinin yararını gözetttiği için hayvana harcama yapmayı emreder. Dolayısıyla ancak hayvan sahibinin yararının kesin olduğu iki veya üç günlük bir süre için emreder. Çünkü uzun bir süre için harcama yapmasını emretse belki harcama, hayvanın değerine ulaşır. Bunda hayvanın sahibi için bir yarar söz konusu olmaz. Az süredeki harcama ise az olur. Böylece mal sahibinin malını korumak için onun yararını gözetme gerçekleşir. [11/10]

Buluntu malın satılması

Sahibi gelmezse koyunu veya bulduğu hayvanı satar.

[17] **Lakît / اللقيط:** Kaybolduktan veya ailesi tarafından zina suçlaması ve fakirlik gibi endişelerle bir yere bırakıldıktan sonra başkaları tarafından ölü ya da diri olarak bulunan çocuk.

Çünkü satmakla malın bedeli sayesinde maliyeti korunmuş olur. Bulan kimse imkan ölçüsünde koruma yetkisine sahiptir. Buluntu mal için harcama yapmaya yeterli olacak bir gelir olmaması nedeniyle malı korumak imkansız olunca satarak onun maliyetini koruma yoluna başvurur.

Bulunan şeyin köle veya iş hayvanı olması durumunda onu kiraya veririz. Elde edilen ücretten onun masraflarını karşılarız.

Çünkü bu yolla mal sahibinin malı aynen korunabilmektedir. Vakit geçtikten sonra köleden ve iş hayvanından yararlanma imkanı kalmaz. Dolayısıyla köleyi ve iş hayvanını kiraya verip masrafını gelirinden karşılamak tamamen mal sahibinin yararınadır.

Hayvan bulan kimse, onu sattığı zaman hâkim, bulanın, kendi emriyle iki-üç günlük süre içinde hayvana harcadığı miktarı onun parasından öder.

Çünkü bedel, hayvan sahibinin malıdır. Yapılan masraf ise mal sahibinin bulana vermesi gereken bir borçtur. Hâkim bu borcu bilmektedir. Bu nedenle hayvan sahibinin borcunu, kendi malından öder. Çünkü alacaklı, (borçluda) alacağı cinsinden olan bir mal gördüğü zaman nasıl alabiliyorsa, hâkim de bu konuda ona yardımcı olabilir.

Bulan kimse hayvanı satmasa ve sahibi gelip onun kendisine ait olduğunu tanıklar ile ispatlasa, hâkim hayvanın onun olduğuna ve bulan kimsenin masrafını ödemesi gerektiğine hükmeder. Hayvanı bulan kimse, "Sen masrafımı ödemedikçe koyunu sana vermem." diyebilir.

Çünkü mal sahibinin hayvan üzerindeki mülkiyeti devam etmekte, geriye hayvana yapılan masrafı da kendine mal etmesi kalmıştır. Bu itibarla masraf, hayvanın maliyetiyle ilgilidir. Bu nedenle satıcı, bedeli alıncaya kadar satım konusu malı nasıl hapsedebiliyorsa, hayvanı bulup masraf yapan kimse de, hayvan sahibi masrafını ödeyinceye kadar onu hapsedebilir.

el-Asl'da; bulan kimse, (o malı bulduğuna) tanık getirmediği zaman hâkimin ona harcama yapmayı emredip emretmeyeceği konusuna değinilmemiştir. Doğru olan; hâkim ona "Gerçekten doğru söylüyorsan ben sana bu hayvan için harcama yapmanı emrediyorum." demelidir. Çünkü böylece her iki tarafın çıkarı düşünülmüş ve her ikisi de zarar görmemiş olur. Çünkü şayet hayvanı bulduğunu söyleyen kimse aslında onu gasbetmiş idiyse hayvanın ödeme sorumluluğundan kurtulamaz. Hâkimin emrine dayanarak hayvan sahibinden yaptığı masrafı isteme hakkı vermez. Çünkü hâkim emrini o kimsenin doğru söylemiş olması koşuluna bağlamıştır.

Malı bulana ödül vermek

Bir kimse bir kayıp bir mal, hayvan, köle, cariye veya kaybolmuş özgür bir çocuk bulsa ve ait olduğu yere götürüp verse bunlardan hiçbiri karşılığında ödül (cu'l[18]) alamaz.

Çünkü götürüp ait olduğu yere vermeyi iyilik olsun diye, karşılık beklemeden yapmıştır. Kaçan köleyi sahibine vermek konusunda ödülün gerekmesi ise nassla (delille) kıyasa aykırı olarak sahabilerin (rh.a) sözüyle sabit olmuş bir hükümdür. Dolayısıyla her açıdan o anlamı taşımayan bir şeye kaçak kölenin hükmü verilemez. Kaybolan köle vs. kaçak köle demek değildir. Çünkü kaçak köle izini kaybettirmek için efendisinden durmadan uzaklaşır. Kaybolan köle vb. ise efendisini bulmak için durmadan yaklaşır. Bu nedenle biz bu konuda kıyasa göre işlem yaptık.

Ancak mal sahibi, bulan kimseye, kölesini getirmesi karşılığında bir şey verirse güzel olur.

Çünkü bulan kimse köleyi getirip sahibine vererek ve mülkünü yeniden kazanmasını sağlayarak ona iyilik etmiştir. İyiliğe ise ancak iyilikle karşılık verilebilir. Diğer yandan köle v.s. yi bulup getiren kimse, mal sahibine lutufta bulunmuştur. Peygamber (s.a.v.);

مَنْ أُزِلَّتْ إِلَيْهِ نِعْمَةٌ فَلْيَشْكُرْهَا [19]

"Kendisine nimet verilen kimse, o nimete şükretsin." buyurmuştur.[20] Nimete teşekkür etmenin yolu ise karşılığında bir şey vermektir. Emir, emredilen şeyin en azından mendup (müstehap) olduğunu gösterir.

Sahipsiz devenin bulunması

Bir kimse sahipsiz bir deve bulduğu zaman bize göre o deveyi tutup ilan eder. Kaybolmasın diye sahipsiz kendi durumunda bırakmaz.

[11/11]

Malik (rh.a.) deveyi kendi durumunda bırakmanın daha iyi olduğunu söylemiştir. Çünkü meşhur bir hadiste Nebi (s.a.v.)'ye kaybolan koyun sorulmuş, O da (s.a.v.); هِيَ لَكَ أَوْ لأَخِيكَ أَوْ لِلذِّئْبِ *"Koyun ya sana ya kardeşine ya da kurda aittir."* buyurmuştur. Kaybolan deve sorulunca ise o kadar sinirlenmiştir ki sinirinden iki elmacık kemiği kıpkırmızı olmuş ve مَالَكَ وَلَهَا مَعَهَا حِذَاؤُهَا وَسِقَاؤُهَا تَرِدُ الْمَاءَ وَتَرْعَى الشَّجَرَ حَتَّى يَلْقَاهَا رَبُّهَا *"Senin deve ile ne işin var; Devenin suluğu vardır ve yürüyebileceği ayakları vardır. Sahibi gelinceye kadar suya gider, ağaçlardan otlanır."* demiştir.[21]

Biz Hanefilere göre bu hadis şöyle yorumlanır: Hüküm, ilk zamanlarda böyleydi. Çünkü İslamın ilk zamanlarında iyi ve dürüst kimseler çoğunluktaydı.

---

[18] **Cu'l / الجعل (Cuâle / الجعالة):** Bir hizmet karşılığında verilen ücret. Ödül koymak ve mükafat vaat etmek. Örneğin; "şu niteliklere sahip çalıntı arabayı bulup getirene şu kadar ödül vardır." demek gibi.

[19] Hadis bu ifadeyle hiçbir kaynakta görülmemiştir. Buna en yakın ifade *Kenzü'l-ummâl*'de من اولئتْ إليه نعمة فيشكر şeklinde geçen ifadedir. Kitaptaki أَزَالتْ ifadesi baskı hatası olmalıdır.

[20] Beyhakî, *Şuabü'l-îmân*, VI/516; el-Kudâî, *Müsnedü'ş-Şihâb*, I/238.

[21] Buhârî, Lukata 2; Müslim, Lukata 1; İbn Mâce, Lukata 1; Ebû Dâvûd, Lukata 1; Tirmizî, Ahkâm 35; Zeylei, *Nasbu'r-râye*, III/464.

Bulan kimse, kendi durumunda bıraktığı zaman bu hayvanlara kötü niyetli (hain) bir el değmiyordu. Bizim zamanımızda ise bulan kimse, deveyi kendi durumunda bıraktıktan sonra ona kötü niyetli bir elin değmeyeceğinden emin değildir. Dolayısıyla deveyi tutmak, hayatını devam ettirmek ve onu sahibi için korumak demektir. Bu, onu kendi durumunda bırakmaktan daha iyidir. Nitekim diğer sahipsiz mallarla ilgili olarak da aynı şeyi söylemiştik.

Buluntu malın hâkimin emri ile satılması

Bulan kimse hâkimin emriyle bulduğu malı satsa sahibi geldiği zaman yalnızca onun parasını alabilir.

Nitekim bizzat hâkimin satması durumunda da hüküm böyledir. Çünkü satış kanunî yetki nedeniyle geçerli olunca bizzat mal sahibinin izniyle geçerli kılınmış satış gibi olur.

Hâkimin emri olmaksızın satmışsa satış geçersizdir.

Çünkü bu durumda satış dinen geçerli olan bir emir (izin) olmaksızın, mal sahibi üzerinde velâyeti olmayan bir kimse tarafından gerçekleştirilmiştir.

Mal sahibi, (hâkimin emri olmaksızın satılan kendisine ait buluntu) mal alıcının elinde bulunmakta iken gelse satışı onaylayıp parayı almayı veya satışı bozup malını aynen almayı tercih edebilir.

Çünkü satış onun onaylamasına bağlıdır. Bu, bir kimsenin başka birisine ait malı o var iken ve emri olmaksızın satması gibidir.

(Hâkimin emri olmaksızın satılan buluntu) mal alıcının elinde telef olmuşsa mal sahibi şunlardan birini seçer; İsterse malın değerini satıcıya ödettirir.

Çünkü satış ve teslim, mal sahibinin izni olmaksızın gerçekleşmiştir.

Yahut isterse alıcıya ödettirir.

Çünkü alıcı, mülkünü mal sahibinin rızası olmaksızın teslim almıştır.

Satıcıya ödettirirse satış bedeli satan kimseye aittir.

Çünkü ödeyerek o mala sahip olmuş ve böylece satış kendi tarafından geçerli olmuştur.

Ancak malın değerini aşan miktarı hayır olarak dağıtır.

Çünkü onu hoş olmayan bir kazançla elde etmiştir.

"Ödeme sorumluluğu malı teslim edince doğar. Satış ise teslimden öncedir. Satıcı ödeyince satış, kendi tarafından nasıl geçerlilik kazanır ?" diye bir soru olursa şöyle cevap veririz: "Durum böyle değildir. Bu kimse, hâkimin izni olmaksızın bulduğu malı satmak için yerden aldığında ödemeyle yükümlü olmuştur. Bu, emanetçinin emaneti satması ve sonra değerini ödemesine benzer. Dolayısıyla satış, bu yolla o kimse tarafından geçerlilik kazanır. Bu kimse, malı satmak üzere

yerden aldığında ödemeyle yükümlü olmuştur. Dolayısıyla mülkiyeti, satışa çıkardığı andan itibaren başlar.

Mal sahibi malın değerini alıcıya ödettirirse alıcı, parayı satıcıdan ister.

Çünkü alıcının elinden malın değerinin alınması, bizzat malın geri alınması gibidir. Dolayısıyla satım akti bununla geçersiz olur.

Mal telef olduktan sonra mal sahibi satışı onaylayamaz.

Çünkü onun sonradan satışı onaylaması ilk başta malı başkasının mülkü kılması hükmündedir. Bu ise ancak akit konusu mal, var olduğu sürece mümkündür.

Akit konusu mal alıcının elinde var olup bulan kimse o malın bedelini almış iken mal sahibi satışı onaylasa, akit konusu mal var olduğu için satış geçerlidir. Bedel, bulan kimsenin elinde emanettir.

Çünkü mal sahibinin, akit yapıldıktan sonra onaylaması henüz yapılmadan önce izin vermesi gibidir.

Bir kimse bir köleyi yakalayıp sahibine getirse ve bu "Kaçak köledir. Bundan dolayı bana ödül vermen gerekir." dese, köle sahibi de "Hayır, bu kaybolmuştu." veya "Ben onu bir ihtiyacım için göndermiştim." dese, köle sahibinin sözü kabul edilir.

Çünkü köleyi getiren kimse, köle sahibinin kendisine ödül vermesi gerektiğini iddia ederken, köle sahibi bunu inkar etmektedir. Diğer yandan köleyi getiren kimse kölenin kaçmasıyla, sahibinin onun üzerindeki mülkiyet hakkının kaybolduğunu iddia ederken, köle sahibi bunu inkar etmektedir. Bundan dolayı yeminiyle birlikte köle sahibinin sözüne itibar edilir.

Bulunan malın bulan kişinin elinde telef olması

Bulunan mal, bulan kimsenin yanında telef olsa bunun üç şekli vardır:

1. Aldığı zaman "Ben bu malı sahibine geri vermek üzere alıyorum." deyip bu dediğine iki tanık tutmuşsa ödeme sorumluluğu yoktur.

Çünkü sahibine vermek için almasına izin verilmiş ve dinen buna teşvik edilmiştir. Dolayısıyla bu alma, mal sahibinin izniyle alma gibi olur. Ödeme sorumluluğuna neden olmaz. **[11/12]**

2. Malı kendisi için almış ve bunu ikrar etmişse öder.

Çünkü o malı alması yasaktır. Dolayısıyla almakla haksızlık etmiş olur. Gasbeden kişi gibi ödemeyle sorumlu olur. Bu konudaki asıl, Peygamber (s.a.v.)'in şu hadisidir:

على اليد ما أخذت حتى تؤدي

"(Elde bulundurulan malın) ödeme sorumluluğu aldığını geri vermediği sürece onu elinde bulunduran kişiye aittir."[22]

3. Buluntu malı mutlak olarak alan kişi kendi çıkarı için çalışmaktadır. Malı bulduğuna dair tanık tutmamakla birlikte geri vermek için aldığını iddia etse, mal sahibi ise bulan kimsenin, onu kendisi için aldığını iddia etse, Ebû Hanîfe ve Muhammed (rh.a.)'e göre mal sahibinin sözüne itibar edilir. Bulan kimse ödemeyle yükümlü olur.

Ebû Yusuf (rh.a.)'a göre ise, iki nedenden dolayı yeminle birlikte bulan kimsenin sözüne itibar edilir.

Birincisi; Müslümanın fiili -aksine bir delil olmadıkça- dinen helâl olan şeylere yorumlanır. Peygamber (s.a.v.),

لَا تَظُنَّ بِكَلِمَةٍ خَرَجَتْ مِنْ فِي أَخِيكَ شَرًّا وَأَنْتَ تَجِدُ لَهَا فِي الْخَيْرِ مَحْمَلًا *Kardeşinin ağzından çıkan bir sözü iyiye yormak için bir yol bulduğun sürece kötüye yorma."*[23] buyurmuştur. Bulan kimseye dinen helâl olan şey ise onu kendisi için değil, sahibine geri vermek için almasıdır. Dolayısıyla aksine bir delil olmadıkça fiili buna yorumlanır ve bu dinî (şer'î) delil onun tanık tutması yerine geçer.

İkincisi; mal sahibi, bulan kimsenin ödemeyle sorumlu olduğunu ve malın değerinin onun zimmetinde bir borç olduğunu iddia etmektedir. Bulan kimse ise bunu inkar etmektedir. Dolayısıyla inkar edenin sözüne itibar edilir. Nitekim mal sahibinin, "O, malımı gasbetti" diye iddia etmesi de böyledir.

Ebû Hanîfe ve Muhammed (rh.a.) ise şöyle demektedir: "Özgür olan herkes, başkası yararına çalıştığına dair bir delil olmadıkça kendi yararına çalışır. Bu meselede bulan kimsenin, başkası yararına çalıştığını gösteren delil tanık tutmaktır. Tanık tutmayı terkettiği zaman görünüş itibarıyla kendisi için almış olur. Bu, tanık tutmanın mümkün olduğu bir yerde (o malı) bulması durumunda böyledir. Tanıklık edecek bir kimse olmadığı için veya malın zâlim bir kimsenin eline geçmesinden korktuğu için tanık tutma imkanı bulamazsa, onun sözüne itibar edilir. Ödeme sorumluluğu yoktur.

İkinci olarak başkasının malını izni olmadan almak, dinen verilmiş bir izin olmadıkça ödemeyi gerektirir. Dinen verilmiş izin ise tanık tutmak ve (tanıklığı) açığa vurmak koşuluyla kayıtlıdır. Dolayısıyla bulan kişi tanık bunları terkettiği zaman, alması dinen ödemeye neden olur ve bu yüzden ödemeyi gerektiren durum ortaya çıktıktan sonra kişi, ödeme sorumluluğunu düşürenin iddiası doğrulanmaz. Bu, bir kimsenin başkasına ait bir malı alıp malın elinde telef olması,

---

[22] Dârimî, Buyû' 56; Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, V/8; İbn Mâce, Sadakât 5; Ebû Dâvûd, İcâre 90; Tirmizî, Buyû' 39.

[23] Beyhakî, *Şuabü'l-Îmân*, VI/323; Aclûnî, *Keşfü'l-hafâ*, I/44.

sonra mal sahibinin o malı kendisine emanet olarak verdiğini iddia etmesi gibidir. Bir delil olmadıkça bu kişinin iddiası doğrulanmaz.

Bir kimse "sahipsiz bir mal veya hayvan buldum." veya "yanımda bir şey var. Kimin yitirdiği malı aradığını duyarsanız bana gönderin." deyip mal sahibi gelince "O eşya telef oldu." dese bu sözünde doğrulanır. Ödemeyle yükümlü olmaz.

Çünkü sözüyle kendisinde sahipsiz bir mal olduğunu duyurmuş ve onu sahibine geri vermek için aldığı ortaya çıkmıştır. Dolayısıyla o malda emanetçi olur. Malı ilan ederken cinsini, niteliğini belirtmemesinin bir zararı olmaz. Çünkü bulan kişi mal sahibinin malını koruyabilmek için böyle yapmıştır. Böyle yapmazsa herhangi bir kimse malın cinsini ve niteliğini duyar. Malın kendisine ait olduğunu iddia eder. "Malın belirtilerini bilen kimseye ait olduğunu" kabul eden bir hâkime dâvayı götürür. Biz, bu konuda açık bir görüş ayrılığı olduğunu açıklamıştık. Mal sahibinin malını korumak için yapılan bir şey ödemeye neden olamaz.

Bir kimse, iki yitik mal bulup yanında iki mal olduğunu söylemeksizin "Kimin yitiğini aradığını duyarsanız bana gönderin." dese, o iki mal, bulan kimsenin yanında telef olduktan sonra sahipleri gelse bulan kimsenin ödeme sorumluluğu yoktur.

Çünkü ilanında o iki eşyayı açıkça anmıştır. "Lukata / yitik" [24] cins isimdir; bir ve daha fazlasını ifade edebilir. Örneğin bir kimse "Yanımda yitik mal var." demesi durumunda yanında on tane yitik mal bile olsa ödeme sorumluluğundan kurtulur. Çünkü bu sözü söyleyerek tanık tutması, her iki taraf için de yeterlidir. [11/13]

Bir kimse bulduğu malı ilan etmek üzere alsa sonra geri götürüp bulduğu yere bıraksa ve o mal, sahibi gelmeden önce telef olsa veya başka bir kimse telef etse bile onu sahibine ödemesi gerekmez.

Çünkü onu ilan etmek için alması ödemeyi gerektiren bir neden değildir. Geri götürüp yerine bırakması da ödemeyi gerektirmez. Çünkü bu, emaneti ve gasbedilen malı sahibine geri vermek gibi önceki fiilin hükmünü kaldırmaktır. Bu da ödeme nedeni olamaz. Diğer yandan kişi, sadece almakla o malı korumayı üstlenmiş olmaz. Kendisinden ona benzeyen bir şey düşmüş ve kendisinin olduğunu sanarak onu almış, malı inceledikten sonra kendisine ait olmadığını anlayınca da yerine geri götürmüş olabilir. Bulduğu eşyanın ne tür bir mal olduğunu tesbit etmek ve onu arayan birisini görünce o malı göstermek için almış olabilir. Emaneti sahibine ulaştırabilmeyi umarak onu sahibi için korumak niyetiyle aldıktan sonra, bunu yapamayacağını veya o mala açgözlülük ettiğini fark edince

---

[24] **Lukata / اللقطة**: Sokakta bulunup alınan ve sahibi belli olmayan mal. Böyle bir malı bulup alan kimseye "mültekıt / الملتقط", alma işine ise "iltikât / الالتقاط" denir.

yerine götürüp bırakmış olabilir. Bundan dolayı ödeme yükümlülüğü yoktur. Ödeme yükümlülüğü yalnızca onu telef eden kimseye aittir.

İlk bulan kimse o malı kendisi için alıp sonra yerine bırakmışsa telef olması durumunda ödemeyle yükümlüdür. Yerine bıraktıktan sonra başka birisinin telef etmesi durumunda mal sahibi istediğine ödettirebilir.

Çünkü ilk bulan kimsenin onu kendisi için alması ödemeyi gerektiren bir nedendir. Bir malı gasbeden kimsenin durumunda olduğu gibi, bir kimse ödemeyle sorumlu olduktan sonra ancak malı sahibine geri vermekle ödeme sorumluluğundan kurtulabilir. Malı götürüp aldığı yere bırakması ise sahibine vermek değildir. Bu nedenle böyle yapması ödeme yükümlülüğünü düşürmez.

Züfer'e göre ödeme sorumluluğundan kurtulur. Çünkü o kimse geri götürüp yerine bırakmakla önceki fiilini hükümsüz kılmış, dolayısıyla o fiilin hükümleri de düşmüştür.

Muhammed, bu meselenin benzerlerini Züfer'le Ebû Yusuf arasında ihtilaflı olan meseleler arasında anarak şöyle demiştir:

Bir kimse binek hayvanı bulsa ve üzerine binip indikten sonra onu yerinde bıraksa Züfer (rh.a.)'e göre ödeme sorumluluğu yoktur. Ebû Yusuf (rh.a.)'a göre ise onu ödemesi gerekir.

Bir kimse uyuyan birisinin parmağından yüzüğü çıkarsa, o uyanınca yüzüğü yeniden parmağına taksa sonra o kimse yeniden uyusa Ebû Yusuf (rh.a.)'a göre ödeme sorumluluğundan kurtulmaz. Züfer (rh.a.)'e göre ise kurtulur. Uyuyan kimse henüz uyanmadan yüzüğü yeniden takması durumunda ise Züfer ve Ebû Yusuf'un ittifakıyla ödeme sorumluluğundan kurtulur.

Buna göre Züfer (rh.a.) kişinin yeniden takmasıyla önceki fiilini hükümsüz kıldığına bakarak iki meseleyi aynı şekilde değerlendirmiştir. Ebû Yusuf (rh.a.) ise "Yüzüğün sahibi uyanınca, yüzüğü çıkaran kimsenin uyanıklık durumunda iken yüzüğü sahibine geri vermesi gerekmiştir. Dolayısıyla yüzüğü çıkaran kimsenin onu yerine tekrar takması, yüzük sahibi tekrar uyuduktan sonra onu ödeme sorumluluğundan kurtarmaz. Uyanmadan takması durumunda ise durum böyle değildir." demiştir.

Buluntu malın kullanılması

Kişi bir elbise bulup giyse sonra çıkarıp yerine bıraksa aynı görüş ayrılığı söz konusudur. Bu, kişi elbiseyi âdeten insanların giydiği şekilde giyinmesi durumunda böyledir. Fakat örneğin bir gömleği omuzuna atmış sonra yerine bırakmışsa bu durumda ödeme sorumluluğu yoktur.

Çünkü bu, korumaktır. Kullanmak değildir. Dolayısıyla bu fiili ile ödemeyle yükümlü olmaz.

Bunun gibi yüzüğü küçük parmağına taksa bu, yüzüğü kullanmaktır. Bu fiili ile ödeme ile yükümlü olur ve bu konuda sağ el ile sol elin farkı yoktur. [11/14]

Çünkü bazı insanlar yüzüğü süslenmek ve kullanmak için sağ ellerine takarlar.

Başka parmağına takarsa ödemeyle sorumlu olmaz.

Çünkü bu durumda kişinin maksadı süslenmek değil, korumaktır. Hişam, Muhammed (rh.a)'in "Yüzüğü küçük parmağında olan bir yüzüğün üzerine takmışsa ödemeyle sorumlu olmaz. Çünkü maksadı süslenmek değil, korumaktır." dediğini anmıştır. Hişam (rh.a.) dedi ki: Ben Muhammed (rh.a.)'e "Süslenmek için iki yüzük takan sultanlar vardır." dedim. O da "O yüzüklerden birisi süslenmek için değil, mühür basmak içindir" dedikten sonra, "Bunu biraz düşüneyim." dedi.

Sonuç olarak bir kimsenin süslenmek için iki yüzük taktığı biliniyorsa, bulduğu yüzüğü parmağındakinin yanına takması, onun o yüzüğü kullanması, aksi durumda ise koruması anlamınadır.

Bir kimsenin kılıç bulup onu kuşanması da kullanmaktır. Kılıç kuşanmış bir durumda iken üzerine kuşanmışsa yine böyledir. Çünkü savaşçı kimse iki kılıç kuşanabilir. Ancak kılıcı kuşanırken üzerinde iki kılıç varsa bu durumda buluntu kılıcı kuşanması kullanmak değil, korumak olur. Dolayısıyla ödemez.

Gasbeden kimse, gasbettiği hayvanı sahibinin evine götürüp bıraktığı zaman onu sahibinin eline vermediği sürece ödeme sorumluluğundan kurtulamaz. Ariyet[25] (ödünç) alan kimsenin ise bu durumda ödeme sorumluluğu yoktur.

Âriyet (ödünç) alanla gasb edenin durumu

Ariyet alan kişi, ariyet aldığı şeyi sahibinin evine bırakmakla ariyeti geri vermekle âdet olan şeyi yapmıştır. Bundan dolayı ödeme sorumluluğu yoktur. Gasbeden kimse ise öder. Çünkü o, ödeme sorumluluğunun kalkması için gasbettiğini geri vermelidir. Bu ise, sahibine vermedikçe gerçekleşmez.

Bir kimse başka bir kimseye ait olan bağlı bir hayvanın yanına gelip hayvanın ipini çözse ama onu alıp götürmese, sonra hayvan kendiliğinden gitse çözen kimsenin ödeme sorumluluğu yoktur.

Malın telefi konusunda hayvanın fiili

Muhammed (rh.a.)'den ödemeyle sorumlu olduğu nakledilmiştir.

Buna göre bir kimse kuş kafesinin kapısını açsa ve kuş uçsa veya ahırın kapısını açsa ve hayvan kaçsa yine ödeme sorumluluğu yoktur.

---

[25] **Âriyet / العارية:** Vazgeçme hakkı saklı kalmak üzere, bir eşyadan elde edilecek yararın karşılıksız olarak ve geciktirmeksizin bir kimsenin mülkiyetine verilmesidir. Ödünç veren kimseye "muîr", ödünç alana "müsteîr", verilen mala "müsteâr" ve ödünç alma işine ise "istiâre" veya "ödünç verme" anlamında "iâre" denir.

Muhammed (rh.a.)'in görüşünün açıklaması şöyledir: Hayvanın ipini çözen veya kafesin kapağını açan kimse gerçekte engeli ortadan kaldırmakta, gitmenin koşulunu gerçekleştirmektedir. Ancak telefin gerekçesi, yani kuşun uçması ve hayvanın gitmesi dinen neden olarak kabul edilmez. Böyle durumlarda telef etme, koşulu gerçekleştirene dayandırılır. O kimse ödemeyle sorumlu olur. Nitekim yolda kuyu kazan kimse, yerin tutuculuğunu kaldırarak kuyuya düşmenin koşulunu oluşturmuştur. İllet ise yürüyen kimsenin kendi ağırlığı ve o yerde yürümesidir. Ancak orada çukur olduğunu bilmeyince telefi ona dayandırmak imkansız olmuş ve kuyuyu kazan kimseye dayandırılmıştır, Bundan dolayı ödemekle sorumlu olur. Aynı şekilde bir kimse başka birisinin fıçısını delse ve içindeki sıvı aksa delen kimse öder. Bu kimsenin yaptığı iş yalnızca engeli kaldırmaktır. Akmanın illeti ise fıçının içindeki şeyin sıvı olmasıdır. Ancak hükmü, illete dayandırmak mümkün olmayınca, koşula dayandırılır. Buna göre bir kimse kandilin asılı olduğu ipi kesse ve kandil düşse, o kimsenin yaptığı şey engeli kaldırmaktır. Bu nedenle ödemekle sorumlu olur.

Ebû Hanîfe ve Ebû Yusuf (rh.a.) ise şöyle demektedir: Bu kimsenin yaptığı şey Muhammed (rh.a.)'in dediği gibi koşulu gerçekleştirmektir. Ancak bu fiilden sonra fiili muteber olan bir failin fiili gerçekleşmiş ve telef o fiil ile meydana gelmiştir. Dolayısıyla koşul itibardan düşer. Telef itibara alınan fiile dayandırılır.

Muhammed "Hayvanın fiili hederdir[26] demiştir.

[11/15] Biz (Ebû Hanîfe ve Ebû Yusuf) deriz ki "Evet, hayvanın fiili ödemeyi gerektirme bakımından bir değer taşımaz. Fakat kendisiyle önceki fiilin hükümsüz kalması konusunda değeri vardır. Görmez misin bir kimse hayvanını yola salsa, hayvan onun saldığı şekilde dümdüz yürürken bir mala veya cana zarar verse, hayvanı yola salan kimse ödemekle sorumlu olur. Ancak salan kişinin saldığı yönün dışında sağa veya sola gitse sonra bir şeye zarar verse hayvanı salan kimse ödemekle sorumlu olmaz. Hayvanın fiili, yola salan kimsenin fiilini hükümsüz kılmak konusunda itibara alınır. Burada da böyledir. Hayvanın fiilini kendini çözen ve ahırın kapısını açan kimsenin fiilini hükümsüz kılmak konusunda muteberdir.

Bu şuna benzer: Bir kimse yola kuyu kazsa ve güvencesi olmayan bir harbî gelip o çukura başka birisini atsa kuyuyu kazan kimse ödemekle sorumlu olmaz. Harbînin fiili, kuyuyu kazan kimseye ödeme sorumluluğu yüklemek konusunda dikkate alınmaz. Kuyuyu kazan kimsenin fiilini hükümsüz kılmak konusunda ise itibara alınır. Fıçının delinmesi ve ipin kesilmesi meseleleri ise böyle değildir. Çünkü bunlarda fıçıyı delen ve ipi kesen kimsenin fiillerinden sonra bu fiilleri hükümsüz kılacak başka bir fiil gerçekleşmemiştir. Dolayısıyla fıçıdaki şey katı iken güneş sıcağıyla eriyip aksa fıçıyı delen kimsenin ödeme sorumluluğu yoktur.

---

[26] **Heder /** هدر: Bâtıl, sâkıt, değersiz. "Falancanın kanı hederdir" demek, öldürene kısas ya da diyet gibi herhangi bir yükümlülüğün söz konusu olmadığı anlamına gelir.

Bütün bu konularda "kişinin yaptığı şey koşulu gerçekleştirmektir. Koşul ise illetten sonra gelir, önce gelmez" demek nasıl doğru olabilir"diye itiraz edilecek olursa, biz şöyle cevap veririz: Bu, neden anlamında bir koşuldur. Çünkü koşul bulununca da, neden bulununca da hüküm gerçekleşir. Ancak neden hükümden önce, koşul ise sonra olur. Dolayısıyla burada koşulun hükümden önce olması, neden anlamındadır. O kimsenin engeli kaldırması açıkladığımız gibi koşuldur. Buna göre bir kimse kaçan bir kölenin bağını çözse ve köle gitse -söylediğimiz nedenle- çözen kimse ödemekle sorumlu olmaz.

Muhammed (rh.a.) "Ancak kölenin akıl hastası olması durumunda bağı çözen kimse ödemekle sorumlu olur. Çünkü kölenin gitme fiili dinen dikkate alınmaz. Dolayısıyla telef etme bağı çözerek engeli kaldıran kimseye dayandırılmış olarak kalır" demiş ve şöyle devam etmiştir: Akıl hastası köle, kilitli bir evde bağlı olup bir kimse, bağını çözse, başka bir kimse kapıyı açsa ve köle gitse ödeme sorumluluğu kapıyı açan kimseye aittir. Çünkü kapı açılmadan önce bağın çözülmesi ile engel kaldırılmış değildi. Engelin kaldırılması diğer kimsenin kapıyı açmasıyla tamam olmuştur. Dolayısıyla ödemekle sorumlu olan odur."

Şâfiî (rh.a.)'nin ise bu konularda görüşleri şöyledir: "Hayvan, kapı açılır açılmaz veya bağ çözülür çözülmez giderse, kapıyı açan veya bağı çözen kimse ödemekle sorumlu olur. Hemen gitmezse kapıyı açan ve bağı çözen kimsenin ödeme sorumluluğu yoktur. Çünkü kapı açılır açılmaz gitmeyince biz kapının ona engel olmadığını ve onun sonradan oluşan bir kasıtla gittiğini anladık. Şâfiî'ye göre hayvanın kastı dinen dikkate alınır. Kapı açılır açılmaz hemen gitmesi durumunda ise kapının gitmeye engel olduğunu anlarız. Dolayısıyla bu engeli kaldıran kimse yaptığı işte haksızlık yapmıştır. Dolayısıyla ödemekle sorumlu olur"

Yitik mal, bir Müslümanın elinde olsa, bir kimse onun kendine ait olduğunu iddia edip özelliklerini söylese, yitik malı elinde tutan, tanıklar olmadıkça onu vermek istemese, bunun üzerine iddia sahibi iki kâfir tanık getirse tanıklıkları geçerli olmaz.

Çünkü iddia sahibinin yitik mala sahip olduğu hakkındaki bu tanıklık bir Müslüman aleyhine yapılmıştır. Kâfirin Müslümana karşı tanıklığı ise delil olmaz.

Yitik mal bir kâfirin elinde ise kıyasa göre hüküm yine böyledir.

Çünkü ben bilemem ki belki o mal Müslümana aittir. Kâfirin tanıklığı ise Müslümanın mülkünde hak kazanma konusunda delil olmaz.

Fakat istihsana göre hâkim, iki kâfirin tanıklığı ile iddia sahibi lehine hüküm verir.

Çünkü tanıklık, bulan kimseye karşı getirilmiştir. Bulan kimse kâfirdir. Kâfirin kâfire karşı olan tanıklığı ise geçerli bir delildir.

[11/16] Bunun yanı sıra yitik malın Müslümana ait olduğu düşünülebildiği gibi kâfire ait olduğu da düşünülebilir. Böylece iki olasılık karşı karşıya gelir. Ayrıca olasılıklı şey kesin bilinen şeye karşıt (muârız) olamaz.

Yitik mal, Müslüman ve kâfir iki kimsenin elinde ise iki kâfirin tanıklığı kıyasa göre ne kâfire, ne Müslümana karşı geçerlidir, istihsana göre kâfire karşı geçerlidir. Dolayısıyla belirttiğimiz nedenle kâfirin elindeki buluntu malın, iddia sahibine ait olduğuna hükmedilir.

Bir kimse lehine yitik malı ikrar etmek

Yitik bir mal bulan kimse, önce yitik malın bir kişiye ait olduğunu ikrar etse, başka bir kimse de kendisine ait olduğuna dair tanık getirse, tanık getirenin lehine hükmedilir.

Çünkü daha önce söylediğimiz gibi tanıklık herkes hakkında delil oluşturur. İkrar ise ikrar eden dışındaki kimseler hakkında delil olmaz. Zayıf, kuvvetlinin karşısında duramaz.

Yitik bir mal bulan kimse yitik malın birisine ait olduğunu ikrar edip hâkimin hükmü olmaksızın malı o kimseye verse, o kimse de telef etse sonra diğer bir kişi, malın kendine ait olduğuna tanık getirse tanık getiren kimse isterse teslim edene, isterse teslim alana malın değerini ödettirebilir.

Çünkü yitik malın sahibi olduğunu delille kanıtlanımıştır. Diğer iki kimse ise ona karşı haksızlık etmiştir.

Mal sahibi, verene ödettirirse veren alandan bir şey isteyemez.

Çünkü alanın kendi malını aldığını ve ödemekle yükümlü olmadığını ikrar etmiştir. İkrarı ise kendi hakkını düşürmek konusunda delil oluşturur.

Alana ödettirirse alan da verenden bir şey isteyemez.

Çünkü onu almakla kendi yararına bir iş yapmıştır.

Yitik malın bir kimseye ait olduğunu ikrar eden kişi onu hâkimin hükmüyle o kimseye vermişse mal sahibi isterse alan kimseye ödettirebilir.

Verene ödettirmek istemesi durumunda ise, bu kitabın sonunda bir yerde Muhammed (rh.a.) şöyle demiştir: "Verene ödettiremez." Başka bir yerde ise "verene de ödettirebileceği"ni söylemiştir.

"Verene ödettirebilir" görüşü Muhammed (rh.a.)'e aittir. "Verene ödettiremez" görüşü ise Ebû Yusuf (rh.a.)'a aittir.

Bu tartışmanın aslı vedia[27]) konusu ile ilgilidir. Şöyle ki: Bir kimse *"Elimdeki şu mal filanca kimseye aittir.* (başka bir adamı kastederek) *Bunu bana falanca kimse emanet olarak bırakmıştır"* demesi durumunda bu malı, hâkimin hükmü

---

[27] **Vedîa / الوديعة:** Koruması için bir kimseye emanet olarak bırakılan mal. Emânet bırakana "mûdi'" veya "müstevdi'" emânetçiye "mûda'" veya müstevda'" yahut "vedî'", emânet bırakma işine ise "îdâ'" denir.

olmaksızın lehine ikrarda bulunduğu birinci kimseye (filanca) verirse, ittifakla ikrarda bulunduğu kimseye vediayı öder. Hâkimin hükmüyle verirse, Muhammed'e göre hüküm yine böyledir. Çünkü ikrarıyla hâkimi hüküm vermeye yönlendirmiştir. Bu, vediayı çalmak isteyen birisine yol göstermeye benzer. Ebû Yusuf (rh.a.)'a göre ise ödeme sorumluluğu yoktur. Çünkü ikrarıyla emanet sahibinin herhangi bir şeyini telef etmiş değildir. Verme, hâkimin hükmüyle olmuştur. Dolayısıyla ödeme sorumluluğunu gerektirmez. Burada da bulan, tıpkı emanetçi gibi güvenilirdir. Dolayısıyla malı, hâkimin hükmüyle lehine ikrarda bulunduğu kimseye verdiği zaman, Ebû Yusuf'a göre tanık getiren kimseye hiçbir şey ödemez. Muhammed'e göre ise öder.

Allah daha iyi bilir.

KÖLENİN KAÇMASI
(كتاب اللإباق)

Zühd sahibi çok yüce Şeyh (Serahsî) (rh.a.) şöyle dedi:

İbâk, kölenin efendisine geri dönme konusunda ayak diremesidir. Kötü huylardandır. Mayası bozukluktur. Köle efendisinin gözünden kaybolur, böylelikle mâl-i dımâr[28]) olur. Kaçak köleyi yakalayıp sahibine geri götürmek bir iyilik ve minnettir. İyiliğe ise ancak iyilikle karşılık verilir.

"Kölenin kaçması"na dair olan bu kitap, yardım isteyen bir kimsenin yardımına koştuğu ve haksızlık edenin haksızlığına engel olduğu için köleyi sahibine geri götüren kimsenin dünyada kazandığı ödülün ve ahirette alacağı sevabın açıklanması içindir. Bundan dolayı Muhammed (rh.a.), konuya Said b. Merzuban'ın Ebû Amr eş-Şeybani'den rivâyet ettiği şu hadisle başlamıştır: [11/17]

Kaçak köleyi yakalamanın dini hükmü

Ebû Amr demiştir ki: "Ben Abdullah b. Mes'ud (r.a.)'un yanında oturuyordum. Bir adam gelip "Falanca kimse, sahiplerinin elinden kaçan köleleri yakalayıp getirdi." dedi. Bunun üzerine oradakiler "O kişi, büyük sevap kazandı." dediler. Abdullah b. Mes'ud (r.a.) "İsterse her köle başına kırk dirhem de ödül kazandı." dedi. Bu hadis, köleyi yakalayıp sahibine getiren kimsenin sevap alacağını göstermektedir.

---

[28] **Mâl-i Dımâr / مال الضمار:** Tekrar ele geçme umudu kalmayan kayıp veya batık mal. Gasbedilerek sahibinin elinden alınan ve bir daha geri alınma umudu kalmayan mal ile inkar edilen delilsiz alacak da bu tür mallardan sayılır.

Çünkü Abdullah b. Mes'ud (r.a.) onların "O kimse sevap kazandı" sözlerini yadırgamadı.

Kaçak köleyi yakalayanın ödüle hak kazanması

Aynı zamanda bu hadis, köleyi yakalayan kimsenin köle sahibinden ödül (cu'l) kazanacağını da göstermektedir.

Bu, Hanefi fakihlerimizin kabul ettiği, istihsana dayalı bir görüştür.

Kıyasa göre ise bu kimsenin ödül alması söz konusu değildir. Şâfiî (r.a.) bu görüştedir. Çünkü o, köleyi sahibine götürme emeklerini teberru[29] etmiş, karşılık beklemeden yapmıştır. Nasıl ki köleyi sahibine götüren kimse, bir malını ona teberru edince ondan bir karşılık isteyemiyorsa emeğini teberru ettiği zaman da bir karşılık isteyemez. Bunun yanı sıra köleyi sahibine geri götürmek nehy ani'l-münker (kötülüğü önlemek) dir. Çünkü kölenin sahibinden kaçması kötü bir iştir. Kötülüğü önlemek ise her Müslümana farzdır. Dolayısıyla kişi, farzı yerine getirmekle cu'l (ödül) almaya hak kazanmaz.

Biz ise sahâbîlerin (r.a.) ittifakı nedeniyle bu kıyası terkettik. Sahâbîler (r.a.), ödülün gerektiği konusunda ittifak etmiştir. Çünkü İbn Mes'ud (r.a.) o mecliste iken yukarıdaki sözü söylemiştir. Bu söz ise şüphesiz yayılmış olup İbn Mes'ud'un arkadaşlarından hiçbiri bu söz kendilerine arz edildiğinde bunu yadırgamamıştır. Böyle bir sözden sonra, aksine inanan kimsenin görüş ayrılığını belirtmeyip susması helâl değildir. Sahâbîlerin icmâı bu şekilde sabit olur. Diğer yandan sahâbîler ödülün ne kadar olacağı konusunda görüş ayrılığına düşmüşlerse de ödülün gerekliliği konusunda ittifak etmişlerdir. Ömer (r.a.) "bir dinar veya on iki dirhem" demiştir. Ali (r.a.) bir dinar veya on dirhem" demiştir. Ammar b. Yasir (r.a.) "Köleyi şehir içinde yakalamışsa on dirhem veya bir dinar; şehir dışında yakalamışsa kırk dirhem" demiştir. Dolayısıyla onlar ödülün gerekliliği konusunda ittifak etmiştir. Sahâbîlerin icmâ'ı ise delil olarak yeter.

Kural şudur: Sahâbîler (r.a.) bir konuda görüş ayrılığına düşünce, hak onların görüşleri dışında değildir. Bir kimse kendi görüşünü esas alarak sahâbîlerin görüşlerini bütünüyle terk edemez. Fakat onlardan birisinin görüşünü diğerlerine tercih eder. Dolayısıyla biz onların "ödülün gerekliliği" konusundaki görüşlerini kabul ettik. Ödülün miktarı konusunda ise İbn Mes'ud (r.a.)'un görüşünü diğerlerine tercih ettik.

"Miktarın en azını almak uygun olurdu. Çünkü kesin olan odur." denilecek olursa, biz şöyle cevap veririz: Miktarın en azı alınmamıştır. Çünkü sahâbîlerin farklı görüşlerini uzlaştırmak mümkündür. Şöyle ki en az miktar ile fetva verenlerin görüşü yolculuk mesafesinden az mesafeden getiren kimseye yorumlanır. En çok miktarla fetva verenlerin görüşü ise yolculuk mesafesi kadar olan bir mesafeden

---

[29] **Teberru / التبرّع**: Bağış, bağışlama. Bir eşyanın veya ondan elde edilecek yararın karşılıksız olarak başkasının mülkiyetine verilmesi.

getiren kimseye yorumlanır. Nitekim Ammar b. Yasir (r.a.) böyle açıklamıştır. Çünkü onun "Köleyi şehirde yakalamışsa" sözü yolculuk mesafesinden az mesafeden kinayedir. "Şehir dışında yakalamışsa" sözü ise yolculuk mesafesi kadar olan mesafeden kinayedir. Sahâbîlerin görüşlerini uzlaştırmak mümkün olunca bu yola başvurmak gerekir. Bunun yanında miktarın en azının alınması sahâbîlerin kendi görüşleriyle söyledikleri hususlarda söz konusudur. Biz ise biliyoruz ki onlar bunu kendi görüşleriyle söylememişlerdir. Çünkü bu, kıyasa aykırı bir konudur. Ayrıca miktarların belirlenmesi rey ile olmaz. Sahâbîlerin fetvalarının ise rey veya kendisine vahiy inen Peygamber'den duymak dışında bir yolu yoktur. Burada onlardan birisi (rey) bulunmadığına göre diğeri (Peygamber'den duyma) netlik kazanır. Sahâbîlerden her biri söylediğini Resûlüllah (s.a.v.)'tan rivâyet etmiş gibi olur. *Birbirine zıt olma durumunda, kendisinde fazlalık bulunan haber, kabule daha şayandır.* Bundan dolayı biz miktarların en çoğunu esas aldık. Bu, sünnete sarılmak ve sahâbîlerin (r.a.) görüşlerini almak konusunda son sınırdır. Din, kıyamet gününe dek onların fetvalarıyla ayakta duracaktır. Kimsenin onlar hakkında en güzel şekilde düşünmekten başka bir yolu yoktur. Fakat o, her yüzücünün geçemeyeceği, her isteyenin elde edemeyeceği engin bir denizdir. Bu konuda İbrahim en-Nehaî'nin söylediği "insanların birbirinin kaçan kölesini geri getirmeleri için" sözünden başka bir hikmet yoktur. Bu sözün anlamı şudur: Köleyi geri getirecek olan kimse, getirirken masraf yapmaya gerek duyar. Korktukları için insanlardan çok azı bu işi üstlenmeye isteklidir. Köleyi geri getirecek olan kimseye ödül verilmesi gerekli kılınarak insanlar kaçan köleyi sahibine geri getirmeye teşvik edilmiştir. Kölesi geri getirilen kimse de getirenin bu iyiliğine teşekkür etmiş olur. [11/18]

Ancak İbrahim en-Nehaî bunu gerekli görmeyip müstehap kabul ederdi. Rivâyet edildiğine göre o, kaçak köleyi getiren kimseye küçük bir şey verilmesini güzel görürdü. Biz bu konuda onun görüşünü değil, Şureyh ve Şa'bî (rh.a.)'nin görüşlerini alıyoruz. Şa'bî (r.a.) "Köleyi getiren kimse onu şehir dışında yakalamışsa bir dinar alır." demiştir. Şureyh (r.a.) ise "kırk dirhem alır." demiştir. Biz bu görüşü benimsiyoruz. Şa'bî'nin görüşü de yolculuk mesafesinden az mesafeden yakalayıp getirmesi durumuna yorumlanır. Bu ve benzeri konularda Şureyh (rh.a.)'in görüşleri ile işlem yapmak doğru olur. Çünkü sahâbîler (r.a.) onu kendileri döneminde hâkimlik makamına getirdiler. Onun fetvada kendilerine karşı çıkmasını hoş gördüler. Görmez misin Şureyh, Hasan (r.a.)'ın tanıklığını reddetmek konusunda Ali (r.a.)'ye karşı çıkmıştır. Mesruk (rh.a.) da çocuğunu kurban etmeyi nezretmenin hükmü konusunda İbn Abbas (r.a.)'a karşı çıkmış ve İbn Abbas (r.a.) onun görüşüne dönmüştür. Böylece biz anladık ki bu nitelikteki bir kişinin sözü sahabi sözü gibidir.

Şâfiî (r.a.) ise bu meselede kendi görüşüyle bir bakıma istihsan ederek şöyle demiştir: Bir köle sahibi bir topluluğa seslenerek "Kim bana kölemi geri getirirse ona şu vardır." dese ve o topluluktan birisi köleyi getirse köle sahibinin belirlediği

ödüle hak kazanır. Bu, kıyasa aykırıdır. Çünkü bilinmeyen ile ve kabul olmaksızın (sırf icap ile) akit kurulmaz.

Şunda şüphe yok ki sahâbîlerin (r.a.) ittifakıyla sabit olan istihsan[30], Şâfiî (r.a.)'nin görüşüyle sabit olan istihsandan hayırlıdır. Allahu Teâlâ (c.c.)

﴿ولمن جاء به حمل بعير﴾

"Onu getirene bir deve yükü (bahşiş) var." (Yusuf, 12/72) buyruğu da Şâfiî lehine bir delil olmaz. Çünkü bu, belli olmayan bir kimseye yönelmiş bir hitap idi. Şâfiî ise bunu söylememektedir.

Köle sahibi belli bir topluluğa seslenmeksizin "Kim kaçan kölemi getirirse ona şu vardır." dese ve bir kimse köleyi getirse hiçbir şey alma hakkı elde edemez. Diğer yandan bu, mal kazanmayı sonucu belirsiz olan bir şeye bağlamak olur. Bu kumardır. Kumar ise dinimizde haramdır. Bizden öncekilerin şeriatında ise haram değildi.

Şâfiî "Köle sahibinin geri getirme emrini ispat için muhataplarına söylediği söz dikkate alınır. Bundan sonra köle sahibi dışında başkasından emir alan kimse, köleyi getirmek için yaptığı masrafı o kimseden ister." derse biz deriz ki "O dikkate alınacak olsaydı köleyi getiren kimse köle sahibinin belirlediği şeyi değil, yaptığı masrafı isterdi. Bunun yanı sıra burada emir, köle sahibi bir şey söylemeden de sabittir. Görmez misin efendisinden kaçan köle efendisinin görebildiği alan içinde olduğu sürece efendisi onun arkasından "Yakalayın şunu." diye bağırır. Böylece biliriz ki köle sahibinin bu sözü, köleyi yakalayıp sahibine geri getirebilecek olan herkese yöneltilmiş olan bir emirdir. Durumun gösterdiği ile sabit olan emir ise sarih (açıkça söylenmiş) emir gibidir.

[11/19]

Muhammed (rh.a.) kaçan köleyi yakaladıktan sonra elinden kaçıran kimse hakkında Şa'bî'nin "Bu kimse ödemekle sorumlu değildir" dediğini anmış, bundan sonra da Cerir b. Beşir'in kavminin yaşlılarından naklettiği şu olayı anlatmıştır:

Cerir'in kabilesinin özgür kılınmış bir kölesi kaçak bir köle yakaladı. Köle onun da elinden köye doğru kaçtı. Bunun üzerine efendisine "Köle sahiplerine gidip onlardan kendisi için ödül istemesini mektupla bildirdi. Efendisi de öyle yapıp, yaptığını özgür kıldığı kölesine mektupla bildirdi. Daha sonra özgür kılınan köle kaçak köleyi yanına alıp gelirken köle elinden kaçtı. Bunun üzerine Şureyh'in huzurunda davalaştılar. Şureyh o kölenin değerini, yakalayan kimseye ödettirdi. Sonra Ali (r.a.)'nin huzurunda davalaştılar. Ali (r.a.): "Kırmızı tenli köle, siyah tenli köle

[30] **İstihsân / الإستحسان**: Akla gelen ilk çözümü terk ederek nass, icmâ, zarûret, gizli kıyas, örf ve maslahat gibi haklı bir gerekçeden dolayı ilk bakışta gizli kalan başka bir çözüme (kıyâs-ı hafî) gitmek, kolaylık için güç olanı terk etmek.

hakkında "O benden kaçmadı" diye yemin ettirilir. Bu durumda onun ödeme sorumluluğu yoktur." dedi. Biz Ali (r.a.)'nin ve Şa'bî'nin hadisini alıyor ve diyoruz ki "Köleyi sahibine geri vermek için yakaladığı zaman ödeme sorumluluğu yoktur. Çünkü açıkladığımız gibi köleyi sahibinin izniyle yakalamıştır."

Bu olayda köleyi geri getiren kimsenin ödülü hak ettiğine ve bunun herkesçe bilinen açık bir durum olduğuna delil vardır. Öyle ki yakalayan kişi, efendisinin kölenin sahibine gidip onlardan kendisi için ödül koymalarına dair mektup yazınca, ödülün gerekli olduğu, kaçak kölenin efendilerine gizli kalmamıştır. Ancak Şureyh kaçınılması mümkün olan (zararlarda), ortak işçiye (ecîr-i müştereke)[31] ödeme sorumluluğu yüklerdi. Ödül kazanan kimse de ecîr-i müşterek hükmündedir. Bundan dolayı köleyi yakalamışken elinden kaçıran kimseye kölenin değerini ödettirmiştir. Ali (r.a.) ise ecîr-i müştereke ödeme sorumluluğu yüklemezdi. Nitekim Kiralar Konusu'nda (Kitabu'l-icârât'ta) iki rivâyetten birinde Ali (r.a.)'den naklen bu görüş anılmıştır. Fakat yeminiyle birlikte onun (köleyi yakalayıp elinden kaçıran kimsenin) sözüne itibar edilir.

Ali (r.a.) "Kırmızı tenli köleye yemin ettirilir." sözü ile köleyi getiren kimseyi kastetmiştir. Kaçan köleyi yakalayacak kuvvet ve kudrette bir kimse olduğu için ona "kırmızı" demiştir. Kaçan köleye ise yaptığı şey kötü olduğu için "siyah" demiştir. Bu Ali (r.a.)'nin yaptığı bir latifedir.

Bir kimse kaçak bir köleyi getirse, devlet başkanı da köleyi tutup hapsetse, sonra birisi gelip o kölenin kendi kölesi olduğuna tanık getirse, "Ben bu köleyi satmadım, kimseye hibe etmedim." diye yemin ettirir, sonra köleyi öncelikle ona verir.

Biz Hanefiler deriz ki "Lukata konusunda geçenin aksine, kaçak köle yakalayan kimse, onu devlet başkanına getirmelidir.

Yakalanan kölenin devlet başkanına getirilmesi

Çünkü normal koşullarda, bir kimse yitik malı bizzat koruyabilirse de kaçak köleyi bizzat koruyamaz. Bundan dolayı kaçak köleyi devlet başkanına getirir. Diğer yandan köle kaçtığı için tazir cezasını[32] hak etmiştir. Köleyi yakalayan kimse devlet başkanına getirir ki devlet başkanı onu cezalandırsın.

Devlet başkanı hapsetmek için köleyi ondan alır.

---

[31] **Ecîr** / الأجير: Bir işi yapmak üzere kendisiyle hizmet (iş) sözleşmesi yapılan kimse, işçi. Aylıklı işçi gibi yalnızca kendisini kiralayan kimse için çalışana "ecîr-i hâs / الأجير الخاص", hamal, terzi, saatçi, köy çobanı, tamirci gibi belirli bir kimse için iş görmeyip herkese ücret karşılığı iş gören işçiye ise "ecîr-i müşterek / الأجير المشترك" denir.

[32] **Ta'zîr** / التعزير: Sözlükte; edeplendirmek, terbiye etmek anlamında kullanıldığı gibi yüceltip saygı göstermek manasına gelen karşıt anlamlı bir kelimedir. İslam hukuku terimi olarak ise; dînen belirlenmiş olan cezalardan daha hafif nitelikte olup had ve kefaretin öngörülmediği suçlara verilen cezalara denir.

Hapsetmek de bir tür tazir cezasıdır.

Kaçak kölenin kendisine ait olduğuna tanık getirene yemin ettirilmesi

Bundan sonra kölenin kendisine ait olduğunu iddia eden kimse tanığı olmadan köle üzerinde hak sahibi olamaz. Tanık getirince köle üzerindeki mülkiyetini delil ile ispatlamıştır. Ancak köleyi satmış veya hibe etmiş iken tanıklar bunu bilmiyor olabilirler. Bundan dolayı devlet başkanı iddia sahibine bu konuda yemin ettirir.

"Burada başka bir iddia sahibi olmadığı durumda devlet başkanı ona nasıl yemin ettirebilir?" diye bir soru olursa biz şöyle cevap veririz: Hâkimin hükmünü korumak için yemin ettirir. Çünkü hâkim hükmünü mümkün olduğu kadar hata nedenlerinden korumakla görevlidir. Yahut da kendi yararını düşünmekten aciz olan bir alıcının veya kendisine hibe yapılan kimsenin yararını göz önünde bulundurarak yemin ettirir.

[11/20]

İddia sahibi, yemin edince köleyi ona verir. Ben devlet başkanının ondan kefil istemesini hoş karşılamamam. Ancak ondan kefil istemesi durumunda kötü bir şey yapmış olmaz. Fakat kefil istememesi bence daha uygundur.

İddia sahibinden kefil istenmesi

Bu Ebû Hafs'ın rivâyetidir. Ebû Süleyman'ın rivâyetinde ise şöyle demiştir: İddia sahibinden kefil istemesi bence daha uygundur. İstememesi de caizdir.

Hanefi fakihlerimizden bir kısmı şöyle demişlerdir: Ebû Hafs'ın rivâyetinde anılan, Ebû Hanîfe (rh.a.)'nin görüşüdür. Çünkü o, bilinmeyen birisinin yararı için kefil istenemeyeceği görüşündedir. Nitekim el-Camiu's-Sağir'de Muhammed (rh.a.) mirasçıdan kefil isteme konusunda "Bu bazı hâkimlerin ihtiyat için yaptıkları bir şeydir. Haksızlıktır" demiştir. Ebû Süleyman (rh.a.)'ın rivâyetinde anılan ise Muhammed ve Ebû Yusuf (rh.a.)'un görüşüdür. Çünkü onlar hâkimin kendi hükmünü korumak veya kendi yararını gözetmekten aciz olan bir kimsenin yararını gözetmek için kefil istemesini caiz görmektedirler.

Doğru olan, bu konuda iki rivâyet olduğudur. Ebû Süleyman'ın rivâyetindeki görüş ihtiyata daha yakındır. Çünkü bir hak sahibi çıkıp kölenin kendi mülkiyetinde iken doğduğuna tanık getirir. Böylece mutlak mülkiyete tanık getiren kimselere göre daha öncelikli olur. Veya mutlak mülkiyete tanık getirip diğer iddia sahiplerine eşit olur. Ya da köleyi mutlak mülkiyet iddiasında olan kimseden satın aldığına tanık getirir. Bundan dolayı müstehap olan, hâkimin ondan kefil istemesidir. Ancak bu olasılıklar delile dayanmayan bir zandan ibarettir. Dolayısıyla hâkimin o kimseden kefil istememesi de mümkündür.

Ebû Hafs'ın rivâyetinde anılan kıyasa daha yakındır. Çünkü bu kimsenin köle üzerinde hak sahibi olduğu, getirdiği tanık ile kesinleşmiştir. Başka bir kimsenin köle üzerinde hak sahibi olması ise zandır. Zannedilen şey ise bilinen şey karşısında duramaz. Bundan dolayı hâkim kesin bilinen bir delil olmadıkça zandan ibaret olan bir şeye dayanarak işi bırakması yani kefil istemesi müstehap değildir. Görmez

misin o kimse tanık getirdiği durumda, kefil vermese veya bir kefil bulamasa hâkim o kölenin o kişiye ait olduğuna hüküm vermekten kaçınabilir mi? Fakat hâkim kefil alırsa, bu yaptığında ictihad etmiş ve ihtiyatlı davranmış olur. Dolayısıyla günah işlemiş olmaz.

İddia sahibinin tanığı olmasa ama kaçak köle, iddia sahibinin kölesi olduğunu ikrar etse, hâkim köleyi ona verir. Ve ondan kefil ister.

Verme nedeni, köle kendi elinde olduğu için ve iddia sahibinin kölesi olduğunu ikrar ettiği içindir. Köle özgür olduğunu iddia edince, bu iddiası kabul edildiğine göre, iddia sahibinin kölesi olduğunu ikrar ettiği zaman da ikrarı kendisi hakkında geçerlidir. Çünkü ikisinin söylediklerinde onlara karşı çıkan birisi yoktur. Haber verenin verdiği haber, onun benzeri bir haberle çatışmadığı sürece doğruluğuna yorumlanır. Ancak hâkim, iddia sahibinden kefil alır. Çünkü hâkimin köleyi ona vermesi, hâkime karşı delil olmayan ikrar ile olmuştur. Dolayısıyla bu (ikrar), kefil olmadığı sürece hâkimi bağlamaz. Birinci durumda ise böyle değildir. Çünkü orada kölenin iddia sahibine verilmesi hâkim için sabit bir delil ile değildir.

Bunu şu açıklar: Kölenin köleliği ikrar ettikten sonra, sahibini belirlemek konusundaki sözü kabul edilmez. Görmez misin köle iki kimsenin elinde olup birisinin mülkiyetini ikrar etse, ikrarı geçerli olmaz. İkisi arasında ortak olur. Bunun gibi, köleliğini ikrar ettikten sonra, kendisi üzerinde sabit bir mülkiyet olduğunu hâkime ikrar etmesi de geçerli değildir. Bundan dolayı hâkim kendi hakkı için kefil alır. Böylece kölenin gerçek sahibi gelip kendisine kölenin değerini ödettirmek isteyince kefil tutulan kimse köleyi getirir. Hâkimi ödeme sorumluluğundan kurtarır. Fakat iddia sahibi tanık getirmişse, köle üzerindeki mülkiyet hakkını hâkime karşı ispatlamış olur. Tanık delili olduğu için hâkim, köleyi o kimseye vermek konusunda tazminatla sorumlu olmaz. Bu nedenle kefil almakla ihtiyatlı davranmış olmaz.

Köleyi talep eden bir kişi ortaya çıkmayıp kölenin hapis süresi uzarsa hâkim köleyi satar. Parasını elinde tutar. İsteyen birisi gelip kölenin kendisine ait olduğuna dair tanık getirince bedeli ona teslim eder.

Kaçak kölenin, sahibi bulunmadığında satılması

[11/21]

Çünkü hâkim, halkının yararını gözetmekle görevlidir. Uzun süre köleyi hapiste tutmak ise köle sahibinin yararına değildir. Çünkü kölenin nafakaya ihtiyacı vardır. Köleye yapılan masraf kendi değerine ulaşabilir. Diğer yandan kölenin, elinden kaçmasından emin olamaz. Dolayısıyla kölenin parasını korumak kendisini korumaktan daha kolay, sahibi için de daha yararlı olur.

Kölenin sahibi gelince hâkimin satışını bozamaz.

Çünkü satış yasal yetki ile geçerli olmuştur.

Hâkim, köle hapiste iken nafakasını devlet hazinesinden verir.

Hapisteki kaçak kölenin nafakasının hazineden karşılanması

Çünkü köle nafakaya muhtaçtır. Kazanacak durumda değildir. Hâkim köleye, çıkıp kazanmasını emretse köle tekrar kaçabilir. Dolayısıyla kölenin nafakası hazineden karşılanarak köle sahibinin yararı gözetilmiş olur. Çünkü hazine olağanüstü durumlar için hazırlanmıştır. Bu da olağanüstü durumlardan biridir.

Köle sahibi gelirse, hâkim yaptığı masrafı ondan alır. Köleyi veya satmışsa kölenin bedelini ona verir.

Biz bunu bulunan mala, hâkimin emriyle harcama yapılması konusunda açıklamıştık. Hâkimin kaçak köleye hazineden yaptığı masraf da böyledir. Çünkü hâkimin bu hükmü kendisi için değil, Müslümanlar içindir.

Köle sahibi olduğunu iddia edenin Hıristiyan tanık getirmesi

Kölenin sahibi olduğunu iddia eden kişi Hıristiyan tanıklar getirirse onların tanıklıkları geçerli değildir.

Çünkü köle Müslümanların devlet başkanının elindedir. Müslümanın elinde olan bir şey üzerinde, Hıristiyanlarların tanıklığı ile hak kazanılamaz.

Bir kimse, hâkim köleyi sattıktan sonra Müslümanlardan tanık getirip köleyi müdebber kıldığını iddia etse veya -cariye idi de- onu ümmü veledi yaptığını iddia etse, onun iddiası satışın bozulması (feshedilmesi) konusunda doğrulanmaz.

Çünkü satış hâkim tarafından yasal yetki ile geçerlilik kazanmıştır. Dolayısıyla sanki bu satışı bizzat kölenin sahibi yapmış ve böyle bir şey iddia etmiş gibidir. Bu durumda ise satışı bozma konusunda doğrulanmaz.

Kaçak kölenin satışının iptal edilmesi

Ancak cariyenin bir çocuğu varsa ve onu iddia sahibinin mülkiyetinde iken doğurmuşsa ve iddia sahibi, çocuğun kendisinden olduğunu iddia ederse, bu durumda satışı bizzat kendisinin yapmış olması durumunda olduğu gibi doğrulanır. Nesep kendisinden sabit olur. Satış bozulur.

Çünkü kişinin, cariye kendi mülkiyetinde iken rahme düşmüş olan çocuğunun nesebinin sabit olması, başkasının hakkını iptal etme konusunda tanıklık hükmündedir. Görmez misin ölüm hastalığında olan bir kimse, sahip olduğu cariyenin ümmü veled olduğunu ikrar etse ve cariyesinin yanında, nesebini iddia ettiği bir çocuk olsa, alacaklıların ve mirasçıların o cariye üzerindeki haklarını düşürme konusunda doğrulanır. Ancak cariyenin yanında çocuk olmasa doğrulanmaz. Bu mesele de böyledir.

Bulana verilecek ödül

Bir kimse ergenlik dönemine girmiş veya girmemiş olan kaçak bir köle veya cariye bulsa ve onu efendisine geri verse üç günlük yolculuk mesafesi olan bir yerde veya daha uzak bir yerde yakalamışsa kırk dirhem ödül alır. Mesafe daha uzun olsa bile bu miktarın üzerine çıkılmaz.

Çünkü yolculuk mesafesi olan bir yerden geri getirdiği zaman ödülün kırk dirhem olması, İbn Mes'ud (r.a.)'un fetvasıyla sabit olmuştur. Dinen sabit olan miktara rey ile ilave yapmak ise caiz değildir. Diğer yandan yolculuk mesafesinin en

azı bellidir. Ötesine ise bir sınır yoktur. Sefere ilişkin olan diğer hükümler gibi bu konuda da mesafenin yolculuk mesafesinden daha uzak olmasıyla hüküm değişmez.

Şehirde veya yolculuk mesafesinden az olmakla birlikte şehir dışında yakalamışsa kıyasa göre bir şey hak etmez.

Çünkü dinen bir miktar belirlenmesi, belirlenenin aşağısında olan şeye belirlenenin hükmünü vermeye engeldir. Diğer yandan ödülü, kaçak köleyi geri getiren kimse hak eder. Kaçma, köle yolculuk mesafesi kadar bir mesafeye kaçınca tam anlamıyla gerçekleşir. Yolculuk mesafesinin aşağısında ise, kaybolan mal hükmündedir. Bundan dolayı yolculuk mesafesinin aşağısındaki mesafelerde yolculuk hükümleri uygulanmaz.

İstihsana göre ise ödül, yer uzaklığına ve çekilen zorluğa göredir. [11/22]

Çünkü yolculuk mesafesinde ödülün gerekli olması, yolculuk mesafesinin kendisinden dolayı değil, köleyi geri getirirken çekilen zorluk ve yorgunluktan dolayıdır. Dolasıyısıyla (yolculuk mesafesinin aşağısında olsa bile) biraz yorgunluk ve zorluk söz konusudur.

Bundan dolayı yorgunluk ölçüsünde ödülü hak eder.

Görmez misin, köle sahibi, bir kişiyi kölesini bir günlük mesafeden getirmesi için belli bir mal karşılığında kiralasa belirlenen maldan o ölçüde hak sahibi olur. Dinen sabit olan yolculuk mesafesinde de hüküm böyledir.

Kaçak köle için hâkimin emri olmadan masraf yapmak

Bir kimse köleyi getirmek için hâkimin emri olmadan ödülün çok üzerinde masraf yapsa ödül dışında bir şey isteyemez.

Çünkü karşılık beklemeden (teberru olarak) masraf yapmıştır.

Kaçak kölenin yakalayanın elinde ölmesi

Bir kimse kaçak bir köleyi yakaladıktan sonra, köleyi sahibine geri vermeden önce köle onun yanında ölse veya elinden kaçsa köleyi bulduğu zaman, sahibine vermek için yakaladığına tanık tutmuşsa ödemekle sorumlu değildir. Kendisi için yakaladığını ikrar ederse, ödemekle sorumlu olur. Sahibine vermek için yakaladığını iddia etmekle birlikte imkanı varken tanık tutmayı terk etmişse bu konuda görüş ayrılığı vardır.

Biz bu görüş ayrılığını, bulunan mal konusunda açıklamıştık. Kaçak köledeki görüş ayrılığı da aynıdır. Çünkü her iki mesele de anlam bakımından birdir. Bu, yakalayan kimse, kölenin kaçtığını bildiği zaman söz konusudur. Köle sahibi kölesinin kaçtığını inkar ederse, sözüne itibar edilir. Çünkü ödemeyi gerektiren neden, kölenin yakalanmasıyla ortaya çıkmıştır. Bu, başkasının malını izinsiz olarak almaktır. Köleyi yakalayan kimse ise ödeme sorumluluğunu düşüren şeyi, yani köle kaçtığı için onu yakalamaya dinen izinli olduğunu iddia etmektedir.

Köle sahibinin, kendisine köleyi yakalamak konusunda izin verdiğini iddia etse, köle sahibi de bunu inkar etse köle sahibinin sözüne itibar edilir. Burada da böyle olmalıdır.

Buna göre köleyi yakalayan kimse onu sahibine geri verse ve sahibi, kölesinin kaçak olduğunu inkar etse kölenin, sahibinden kaçtığına veya sahibinin kölesinin kaçtığını ikrar ettiğine iki kişi tanıklık etmedikçe ödül alamaz.

Tanıklık gerçekleşince tanıklar ile sabit olan şey, görülerek sabit olmuş gibi kabul edilir. Köleyi geri getiren kimse ödülü hak eder.

Kaçak kölenin özgür kılınması

Köle sahibi kölesini kaçtığı sırada özgür kılsa bu özgür kılma geçerlidir.

Çünkü özgür kılma tasarrufunun geçerliliği teslim etme kudretine değil, mülkiyete bağlıdır. Bundan dolayı rehin olarak verilen kölede, kiraya verilen kölede, anne karnında cenin durumunda olan kölede ve henüz teslim edilmeden önce satılmış olan kölede özgür kılma geçerlidir. Bunlar gibi, kaçak kölede de geçerlidir. Çünkü kölenin kaçması sahibinin mülkiyetini kaldırmaz. Sadece onu teslimden aciz bırakır. Bundan dolayı kaçak köleyi satsa bu satış geçerli olmaz. Çünkü satış ancak akdi yapan kişinin teslim etme kudreti olan şeylerde geçerlidir. Köle sahibinin teslim etme kudreti ise kölenin kaçması ile ortadan kalkmıştır. Diğer yandan bu kölenin satılmasında garar[33] (belirsizlik) vardır. Çünkü kölenin o sırada hayatta olup olmadığı bilinemediği gibi döneceği de bilinmemektedir ki satan kimsenin teslim etme kudreti olsun. Resûlüllah (s.a.v.) belirsizlik bulunan şeyi satmayı yasaklamıştır. Ancak belirsizlik, müdebber kılma ve özgür kılmaya engel olmaz. Bundan dolayı kölenin özgür kılma sırasında hayatta olduğu ortaya çıkınca, efendinin bu tasarrufu geçerli olur.

Kaçak kölenin hibe edilmesi

Efendi, kaçak kölesini bir kimseye hibe etse bu hibe geçerli olmaz.

Çünkü hibe ancak teslim etmekle tamam olur. Köle sahibinin ise köleyi teslim etme kudreti yoktur.

Kaçak köleyi kendi bakımında olan küçük oğluna hibe ederse bu hibe geçerlidir. Hibe ettiğini çocuğuna bildirmesi çocuğun onu teslim alması hükmündedir.

Çünkü bu durumda köle hükmen efendisinin elinde (kabzedilmiş) sayılır. Dolayısıyla (baba) devam eden hükmi zilyetlik ile köleyi küçük adına teslim almış sayılır. Küçük babanın bakımında olsun, olmasın kendisine hibe edilen şeyleri teslim alma babasına aittir. Çünkü babalık nedeniyle velâyeti sabittir. Dolayısıyla başkasının bakımında olmakla çocuğun bu velâyeti ortadan kalkmaz.

---

[33] **Garar / الغرر:** Bilinmezlik, belirsizlik, cehalet, sonu mechul. Akit konusunun meydana gelip gelmeyeceğinin belirsiz, mechul olması.

Muhammed (rh.a.) "bakımında olan" ifadesini koşul olarak değil, o günkü âdete uyarak anmıştır. Biz kaçak kölenin hükmen o kimsenin elinde olduğunu söyledik. Çünkü mülkiyet göz önünde bulundurularak hükmî zilyetlik ona aittir. Dolayısıyla bu zilyetlik ancak üzerine başka bir zilyetliğin gelmesiyle ortadan kalkar. Kölenin kaçması ile yeni bir zilyetlik oluşmuş değildir. Buna göre kölenin İslam ülkesinde veya yabancı ülkede bulunması arasında bir fark yoktur. [11/23]

Bu mesele şöyle de değerlendirilebilir: Hükmî zilyetlik köle sahibinin köleyi yakalamasının mümkün olması itibarıyladır. Bu imkan ise köle İslam ülkesinde olduğu sürece devlet başkanı ve Müslümanların gücüyle devam etmektedir. Buna göre köle, yabancı ülkeye kaçsa sonra efendi onu küçük oğluna hibe etse bu hibe geçerli olmaz. Nitekim Kâdı'l-Harameyn, bu görüşü Ebû Hanîfe (rh.a.)'den rivâyet etmiştir. Çünkü yabancı ülkede köle sahibinin hükmî zilyetliği sabit değildir.

Ticarete izinli olan kaçak kölenin tasarrufları

Ticarete izinli köle kaçsa ve alıp satsa yaptığı akitler geçerli olmaz. İstihsanen kısıtlı (mahcûr)[34] duruma gelir. Kıyasa göre ise kısıtlı olmaz. Bu, Züfer (rh.a.)'in görüşüdür.

Çünkü efendinin, kölesine ticaret için izin vermesi onun kendisine (rakabesine)[35] malik olması nedeniyledir. Bu mülkiyet ise kölenin kaçması ile ortadan kalkmaz. Çünkü kaçmak, ilk defa izin vermeye aykırı olmadığına göre, köle kaçmadan önce verilen iznin devam etmesine öncelikle aykırı değildir.

İstihsanın delili ise şudur: Efendi, kölenin tasarrufta bulunmasına kendi emrinde olduğu sürece razı olur. Kendine karşı gelip, kaçtıktan sonra razı olmaz. Ya örfün göstermesiyle efendinin mutlak izni kölenin kaçmasından önceki zamanla kayıtlanır. Ya da köle kaçtıktan sonra kısıtlamaya işaret bulunduğu için kısıtlanır. Şöyle ki efendi köleyi yakalasa onu uslandıracak ve ticaret yapmaktan alıkoyacaktır. Nasıl ki izni gösteren şey açıkca izin vermek gibi ise kısıtlamayı gösteren şey de açıkca kısıtlamak gibidir. Bundan dolayı efendisinin köleye kaçtıktan sonra ticaret izni vermesi geçerlidir. Çünkü bir konuda işaretin gerektirdiği şeyin aksi açıkca söylenince işaret dikkate alınmaz. Görmez misin bir kimsenin önüne sofra koymak işareten o kimseye o sofradan yeme izni vermektir. Sofrayı koyan kimse "Yeme" derse o iznin hükmü geçersiz olur. Çünkü işaretin aksi açıklanmıştır.

---

[34] **Hacr / الحجر:** Sözlükte; kısıtlamak anlamındadır. Bir hukuk terimi olarak ise; belli bir şahsı, sözlü tasarruflarından men etmek yani o kişinin sözlü tasarruflarını hükümsüz ve hiç ortaya çıkmamış (gayr-i sâbit) saymaktır. Bu şekilde kısıtlanan kişiye "mahcûr" denir. Hacr fiillerde geçerli değildir.

[35] **Rakabe / الرقبة:** Sözlükte boyun ve ense kökü anlamına gelir. Esirlerin boynuna kement takılıp satın alınması nedeniyle şahıstan kinaye veya bir şeyin parçasını (cüz') zikrederek tamamını (küll) kastetmek şeklinde mecaz olarak da kullanılır. Hukuki bir terim olarak ise; her şeyin aslına ve zâtına "rakabe" dendiği gibi başkasına mülk olarak devredilmesi (temlîk) veya mülk edinilmesi (temellük) mümkün olan şeyin aynı (somut varlığı) ve zâtı anlamına da gelir.

Efendi köleyi yakalasa onu uslandıracak, hapsedecek ve ticaret yapmasını yasaklayacaktır. Uslandırma konusunda kendisi aciz olursa, kısıtlama konusunda din o kimsenin yerini alarak köleye kısıtlama getirir.

Bu şuna benzer: Bir kimse dinden çıkıp düşman ülkesine sığınsa, devlet başkanı onu hükmen ölmüş kabul ederek malını mirasçıları arasında paylaştırır. Çünkü onu yakalasa öldürecektir. Devlet başkanı onu yakalamaktan aciz olunca, din onu hükmen ölmüş kabul eder. Bu mesele de böyledir.

Kaçak kölenin cinâyet işlemesi

Kaçak kölenin işlediği cinâyette, kendisine karşı işlenen cinâyette ve had cezalarındaki hüküm, kaçmadan önceki hüküm gibidir.

Çünkü kaçtıktan sonra da kölelik devam etmektedir. Efendinin, köle üzerindeki mülkiyeti kalkmamıştır. Bu bakımdan köle yakalandığında kölesini savunmak veya gücü yetiyorsa fidyesini ödemekle efendi muhatap olur.

Kaçak kölenin hırsızlık yapması

Kaçak kölenin hırsızlık yaptığına dair tanıklar bulunursa devlet başkanı, kölenin efendisi gelinceye kadar elini kesmez. Efendisi gelince Ebû Hanîfe ve Muhammed (rh.a.)'e göre elini keser. Ebû Yusuf (rh.a.) ise devlet başkanı, efendinin gelmesini beklemeden kölenin elini keser" demiştir. Cezayı gerektiren had ve kısas gibi suçlar hakkında da tanıklar bulununca aynı görüş ayrılığı söz konusudur.

Ebû Yusuf (rh.a.)'un görüşünün açıklaması şöyledir: Köle, cezayı gerektiren suçlarda özgür gibidir. Çünkü kölenin suç ikrarında bulunması geçerlidir. Efendinin, kölesi hakkındaki ikrarı ise geçerli değildir. Boşama gibi, kölenin özgür hükmünde olduğu konularda köle aleyhinde tanıklık ile hüküm vermek için efendinin gelmesi koşul değildir. Çünkü köleye ceza verilirken mali değeri değil, canı itibara alınır. Efendinin hakkı ise kölenin mali değerine malik olmak konusundadır. Dolayısıyla köle, canıyla ilgili konularda özgürlük aslı üzere kalır. Çünkü ceza bazen tanıklık ile, bazen ikrarla sabit olur. Kölenin ikrarıyla sabit olan suçlarda cezanın uygulanması için efendinin hazır bulunması koşul olmadığına göre, tanıklık ile sabit olan cezalarda öncelikle bu koşul değildir. Çünkü tanıklık herkesi bağlayan bir delildir. İkrar ise sadece ikrar edeni bağlar. [11/24]

Ebû Hanîfe ve Muhammed (rh.a.)'in görüşlerinin dayanağı ise şudur: Bu köleye ceza (had) uygulanmasında efendinin köle üzerindeki hakkını ortadan kaldırma vardır. Bundan dolayı o bulunmadıkça had uygulamak caiz değildir. Çünkü köle, efendisinin dâvalısı değildir. Mahkemede bulunmayan kimse hakkında onun hakkını ortadan kaldıran bir hüküm vermek ise caiz değildir. Bunun açıklaması şöyledir: Efendinin, tanıkların âdil olduklarına itiraz etme hakkı vardır. Dolayısıyla mahkemede bulunmuş olsa itiraz etmesi hâkim tarafından dinlenecekti. Cezayı uygulamakta ise adaletine itiraz edilen kimsenin hakkını ortadan kaldırmak vardır. Bunu şu gösterir: Köle kâfir, efendi Müslüman olsa, kâfirlerin köle aleyhinde ceza gerektiren bir suça dair yaptıkları tanıklık kabul edilmez. Efendinin bu tanıklıkta

hakkı olmasaydı bu konuda dini dikkate alınmazdı. Köle, efendisinin hasmı değildir. Çünkü köle, insanlık yönü itibarıyla hasımdır. Efendinin ise kölenin insanlığı üzerinde hakkı yoktur. Bundan dolayı ona hasım olamaz. Tanıklık bu açıdan ikrardan ayrılmıştır. Çünkü efendinin kölenin ikrarına itiraz etme hakkı yoktur. Dolayısıyla köleye ikrarıyla ceza uygulanmasında efendinin hakkını ortadan kaldırma yoktur. Diğer yandan köleye cezanın gerekmesi onun insanlık yönü itibarıyladır. Fakat cezanın uygulanmasıyla efendinin malı da yok edilmiş olur. Tanıklık, hâkimin hükmü olmadıkça hiçbir şey gerektirmez. Cezanın uygulanması ise hâkimin hükmünü tamamlayan bir unsurdur. Görmez misin hâkim hükmünü verdikten sonra henüz ceza uygulanmadan önce birisi itirazda bulunsa bu itirazı hâkimin hüküm verdiği sırada olmuş gibi kabul edilir. Bu nedenle cezanın uygulanması imkansız olur. Hükmün tamamlanması, efendinin hakkını da kapsamına aldığı için ceza verilirken efendinin orada bulunması koşuldur. İkrarda ise durum böyle değildir. Çünkü ikrar, hâkimin hükmü olmaksızın doğrudan cezayı gerekli kılar. Cezanın gerekliliği kesinleşince, cezayı uygulama yetkisi sabit olur. Bundan dolayı efendinin orada bulunması koşul değildir.

Kaçak köle bir beldede yakalanıp hapsedilse kölenin sahibi de kendi beldesinin hâkimine gidip kölenin kendisinin olduğuna dair iki tanık getirerek kölenin bulunduğu beldenin hâkimine mektup yazmasını istese, Ebû Hanîfe ve Muhammed (rh.a.)'e göre hâkim bu kimsenin istemini yerine getirmez. Hâkim onun dediğini yapsa bile, kendisine mektup yazılan hâkim mektuba göre hareket etmez.

Ebû Yusuf (rh.a.)'a göre ise hâkim diğer hâkimin andığı şekilde o kimsenin istemini yerine getirir. İbn Ebi Leyla'nın görüşü de budur.

Hâkimin hâkime gönderdiği mektubun geçerliliği

Özetle belirtecek olursak; Borçlar konusunda bir hâkimin diğerine gönderdiği mektup ittifakla geçerlidir. Taşınmaz mal konusundaki mektup da böyledir. Çünkü dâva ve tanıklıkta taşınmaz mal işaretle değil, sınırlarının anılmasıyla belirtilir. Kumaş ve hayvan gibi ticaret eşyasında ise bir hâkimin diğer hâkime gönderdiği mektup ittifakla geçerli değildir. Çünkü bu konularda hâkimin tanıklıkla hükmetmesi için tanıkların o eşyaya işaret etmeleri gerekir. Bu ise bir hâkimin diğer hâkime mektup yazması durumunda olmaz. Ebû Hanîfe ve Muhammed (rh.a.)'e göre köle ve cariyelerde de bir hâkimin diğerine yazdığı mektup geçerli değildir ki kıyasın gereği de budur. Çünkü tanıklıklarıyla köle ve cariye üzerindeki mülkiyet hakkının sabit olması için tanıkların tanıklık konusu olan köle ve cariyeye işaret etmesi gerekir. Bu nedenle köle beldede bulunsa bile, dâva ve tanıklık ancak köle mahkemeye getirildikten sonra dinlenir. Dolayısıyla diğer ticaret eşyasında olduğu gibi, köle ve cariyelerde de hâkimin diğer hâkime gönderdiği mektup geçerli değildir. **[11/25]**

Fakat Ebû Yusuf (rh.a.) köleler hakkında istihsan ederek şöyle demiştir: Köle efendisinden kaçabilir. Efendi bir iş için kölesini bir beldeden başka bir beldeye gönderip köle efendisinin yanına dönmemekte inat edebilir. Bu durumda efendinin kendi tanıklarıyla kölesini mahkeme salonunda bir araya getirmesi imkansız olur. Bu konuda hâkimin diğer hâkime gönderdiği mektup kabul edilmeyecek olursa bu, insanların mallarının telef olmasına neden olur. Bundan dolayı tanıkları bu şekliyle kabul etmek insanların yararına olur. İnsanların yararına olan şeyi almak ise daha iyidir. Çünkü güçlük kaldırılmıştır. Ebû Yusuf cariye hakkında da hâkimin diğer hâkime gönderdiği mektubun geçerli olacağını savunuyordu. Sonra bu görüşünden dönüp "Cariyede kabul edilmez. Çünkü iffetle ilgili konularda ihtiyatla davranılır. Diğer yandan cariyelerde böyle bir olayla az karşılaşılır. Çünkü efendi cariyesini normal olarak bir beldeden başka bir beldeye göndermez. Cariyelerin kaçması da nadirdir." demiştir.

Ebû Yusuf (rh.a.)'un görüşü şöyle açıklanır: Efendi hâkim huzurunda kölenin görünüşüne, özelliklerine ve kendi kölesi olduğuna iki tanık getirir. Hâkim de kölenin hapsedildiği beldenin hâkimine bunu mektupla bildirir. Tanıkların mektuba ve mektubu yazan hâkimin mührüne yaptıkları tanıklıkla mektup o beldenin hâkimi katında sabit olmuş ise ve kölenin özellikleri mektupta belirtilene uyuyorsa, kölenin o kimsenin mülkiyetinde olduğuna hükmetmeksizin onu o kimseye verir. Bir nişane olarak kölenin boynuna kurşun basar. İddia sahibinden kefil ister. Sonra iddia sahibi kefili tanıklarının bulunduğu beldeye götürür. Hâkim de kefil ile birlikte tanıkların bulunduğu beldenin hâkimine mektup yazar. Kefil bu mektubu tanıkların bulunduğu yerdeki hâkime getirince, iddia sahibinin tanıkları köleye işaret etmek suretiyle kölenin iddia sahibinin mülkü ve hakkı olduğuna dair tanıklıklarını tekrarlarlar. Buna tanıklık yaptıklarında hâkim kölenin iddia sahibine ait olduğuna hükmeder. Sonra da kendi katında sabit olan durumu mektupla kölenin bulunduğu beldenin hâkimine bildirir. Böylelikle kefilde sorumluluktan beri olur.

Ebû Yusuf (rh.a.)'un eski görüşüne göre kendisine mektup gönderilen hâkim cariyeyi doğrudan iddia sahibine vermeyip güvenilir bir kimse eliyle gönderir. Çünkü cariyeyi ona verirse, güvenilir bir kimse olsa bile cariye ile cinsel ilişkiye girmemezlik etmez. Çünkü cariyenin kendi mülkü olduğunu iddia etmektedir.

Ebû Hanîfe ve Muhammed (rh.a.) ise "Bu pek hoş olmayan bir istihsandır. Çünkü hâkim köleyi o kimsenin eline verdiği zaman o, kölenin kendi mülkü olduğu hâkimin hükmüyle sabit olmadan önce onu zorla hizmetinde kullanır. Çalıştırıp gelirinden yararlanır. Olur ki iddia sahibi köleyi mektup yazan hâkime (kendi beldesinin hâkimine) getirince, kölenin başkasına ait olduğu anlaşılabilir. İnsanların özellikleri ve görünüşleri birbirine benzer. Görmez misin ihtilaf eden iki kimse görünüş ve özellikte ittifak edebilirler. Güzel bir cariye, kendisi üzerinde

mülkiyeti sabit olmamış bir kimseyle gönderilir mi? Bu çirkin bir şeydir. Biz bundan dolayı kıyası aldık." demişlerdir.

Kaçak kölenin hapsedilme süresi uzayınca hâkim onu satıp parasını alsa, köle alıcının elinde iken ölse, sonra bir kimse kölenin kendine ait olduğunu iddia edip falan isimde olan kölenin kendine ait olduğuna dair tanık getirse ve andığı özellikler hâkimin sattığı kölenin özelliklerine uysa, hâkim bunu kabul etmez. Parayı ona teslim etmez.

Çünkü tanıkları hâkimin elinde olan paranın bu kimseye ait olduğuna tanıklık etmemiş, yalnızca kölenin ismine ve özelliklerine tanıklık etmiştir. İsim ve özellikler ise birbirine benzer.

Ancak tanıklar hâkimin o adama sattığı kölenin bu kimsenin kölesi olduğuna tanıklık ederlerse o zaman hâkim paranın onun olduğuna hükmeder. [11/26]

Çünkü iddia sahibi, bizzat o köledeki mülkiyetini ispat etmiştir. Bedele ancak asla malik olmak nedeniyle malik olunabilir.

Hâkim köleyi satmasa ve köle öldürülse, sonra iddia sahibi öldürülenin kendi kölesi olduğuna dair tanık getirse, kölenin değerini almasına hükmedilir.

Çünkü hem satış bedeli, hem değer, kölenin karşılığıdır. Bedele hak kazanmak ise asıl üzerinde hak sahibi olmakla olur.

Kaçak köleyi bulanın izinsiz olarak satması

Bir kimse kaçak bir köleyi yakalayıp hâkimin izni olmadan satsa, sonra kölenin sahibi onun kendi kölesi olduğuna dair tanık getirse, köleyi alıcıdan geri ister ve satış geçersiz olur.

Çünkü köleyi yakalayan kişi satma yetkisi olmaksızın satmıştır. Bir kimsenin başkasına ait bir şeyi satma yetkisinin olması ancak mal sahibinin veya hâkimin izniyle onu satmaya yetkili olduktan sonra olur. Hâkimin izni olmadan satınca satış geçersiz olur.

Köle, alıcının elinde iken ölürse köle üzerindeki mülkiyetini ispatlayan kimse satıcı ve alıcıdan istediğine ödettirebilir.

Çünkü satıcı satarak ve teslim ederek, alıcı ise köleyi kendisi için alarak köle sahibinin hakkına tecavüz etmiştir.

Kölenin değerini alıcıya ödettirince alıcı bu parayı satıcıdan ister.

Çünkü satılan köle onun tarafından teslim edilmiş değildir. Alıcıdan kölenin değerinin alınması kölenin kendisinin geri alınması gibidir.

Köle sahibi kölenin değerini satıcıya ödettirirse, satış onun tarafından geçerlilik kazanır.

Çünkü o ödeyerek köleye sahip olmuştur.

Bundan dolayı köleye karşılık aldığı para kendisinin olur. Fakat paranın kölenin değerinden fazla olan miktarını hayır olarak verir.

Çünkü para, kendi mülkünde olmayan bir şeyden gelen pis bir kazanç ile elde edilmiş bir kârdır.

Bir kimse herhangi bir hâkimin huzurunda, falanca beldenin hâkiminin falanca kimseye sattığı kölenin kendi kölesi olduğuna dair tanık getirse, o köle onun olur. Tanıkları kendisine takdim ettiği hâkimin mektubunu kaçak köleyi satan hâkime götürür. Bu caizdir. O hâkim, diğer hâkimin mektubu kendi katında tanık ile sabit olunca, kölenin parasını o kimseye verir.

Çünkü bu tanıklık ile iddiada bulunan kimse kölenin kendisini almak istememektedir. Çünkü hâkimin satışı o köle hakkında geçerlidir. Görmez misin iddia sahibi kimse tanıkları, köleyi satan hâkimin huzurunda getirse hâkim parayı ona verecek, köleyi almasına imkan vermeyecektir. Buradan anlıyoruz ki bu kimsenin maksadı kölenin parasını alma hakkının kendisine ait olduğunu ispat etmektir. Bunun ile kişinin bir alacağa dair getirdiği tanıklar arasında fark yoktur. Bundan dolayı tanıklar kendisine takdim edilen hâkim diğer hâkime bunu bir mektupla bildirir. Kendisine mektup yazılan hâkim de geçmişteki (olayın) aksine hüküm verir.

"Para da köle gibi, o hâkimin elinde olan belli bir paradır." denilecek olursa biz şöyle cevap veririz: Evet, fakat para, miktarı anılarak bilinir. Bundan dolayı istihkak dâvasında tanıkların bizzat paraya işaret etmelerine gerek yoktur. Köle ise böyle değildir.

Kaçak köleyi yakalamanın diyaneten hükmü

Bir kimse kaçak bir köle veya cariye bulsa ve onu yakalayacak güce sahip olsa yakalamayabilir. Bence güzel olan, sahibine geri vermek için yakalamasıdır.

Âlimlerden bir kısmı ise onu kendi durumuna bırakmasının caiz olmadığını söylemişlerdir. Çünkü kötülüğü engellemek gücü yeten herkese farzdır. Diğer yandan Müslümanın malı da canı gibi korunmalıdır. Bir kimse boğulan birisini görse gücü yetiyorsa onu kurtarmaması caiz değildir. Yine bir kimsenin malının telef olduğunu gördüğü zaman da böyledir.

Fakat biz Hanefiler diyoruz ki: O, köleyi sahibine geri götürmek için emek sarf etmeye ve masraf yapmaya gerek duyar. Dolayısıyla bu masrafı üstlenmesi daha iyi ise de üstlenmeme hakkına sahiptir. Diğer yandan köleyi yakalamayan kimse Peygamber (s.a.v.)'in;

---

[36] İki olayı birbirinden ayıran nokta, birinci meselede iddia sahibinin kölenin kendisi üzerinde hak iddia etmesi, bu meselede ise kölenin parası üzerinde hak iddia etmesidir. Belirtildiği üzere alacağın ispatı konusunda bir hâkimin diğerine yazdığı mektup ittifakla geçerlidir.

لا يأوي الضَّالة إلَّا ضَالٌّ

"Kaybolanı ancak yoldan çıkan kimse alır."[37] hadisi ile

ضَالَّةُ الْمُؤْمِنِ حَرْقُ النَّارِ

"Müminin yitiği ateşin alevi gibidir."[38] hadisinin zahir anlamına göre davranmış olur.

Tasavvuf ehlinden ahmak ve cahil olanlar bu hadisin görünen anlamına göre davranarak köleyi almanın caiz olmadığını, en azından terk etmenin caiz olduğunu söylerler. [11/27]

Köleyi yakalayan kişinin, köle üzerinde hak iddia edene teslim etmesi

Bir kimse kaçak bir köleyi yakalasa, başka bir kimse o kölenin kendisine ait olduğunu iddia etse, köle de o kimseye ait olduğunu ikrar etse, yakalayan kişi hâkimin emri olmaksızın köleyi ona verse ve köle onun elinde iken ölse sonra başka bir kimse kölenin kendisine ait olduğunu tanıklarla ispat etse, bu kimse köleyi yakalayan ve kendisine ait olduğunu iddia eden iki kişiden istediğine ödettirebilir.

Çünkü her ikisi de köle sahibinin hakkına ihanet etmiştir.

Köleyi verene ödettirirse veren kimse köleyi yakalayan kimseden ödeme bedelini isteyebilir.

Çünkü o köleyi, verenden kendi çıkarı için almıştır. Kölenin sahibi olmayıp gasbettiği anlaşılmıştır. Bir malı ilk gasbeden ise ödediği ödeme bedelini ikinci gasbedenden isteyebilir. Ayrıca veren kimse alanın mülkiyetini ikrar etmemiştir. İkrar etmiş olsaydı bile dinen yalanlanınca, ikrarının bir değeri kalmazdı. İkrar etmemesi durumunda köleyi kendisinden alan kimseden ödeme bedelini isteme hakkına sahip olması önceliklidir.

Birinci iddia sahibine iki kişinin tanıklığından sonra hâkimin hükmü olmaksızın verse, sonra diğer iddia sahibi hâkim huzurunda tanık getirse, hâkim kölenin kendi huzurunda tanık getiren kimseye ait olduğuna hükmeder.

Çünkü birinci iddia sahibi, tanıklarını mahkemede getirmediği için tanıkları mahkemede getirilen tanıklığa karşı olamaz. Çünkü hükmün gerekli olması, yalnızca mahkemede getirilen tanıklara özgüdür. Birinci iddia sahibinin, tanıklarını mahkemede yeniden getirmesinin de kendisine bir yararı yoktur. Çünkü o sırada

---

[37] İbn Ebû Şeybe, *Musannef*, IV/417; Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, IV/360; Ebû Dâvûd, Lukata 1; Tahâvî, *Şerh-u meâni'l-âsâr*, IV/135.

[38] Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, IV/25; İbn Mâce, Lukata 1; Tirmizî, Eşribe 11; Taberânî, *el-Mu'cemü'l-kebîr*, II/265, XVII/184; Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, VI/190.

kölenin zilyedi (elinde bulunduranı) odur. Zilyedin mutlak mülkiyet hakkındaki tanıkları ise zilyet olmayanın tanıklarına denk olamaz.

Kaçak kölenin kazancının durumu

Kaçak kölenin ticaret yaparak, çalışarak ve başka yollarla kazandığı mal efendisine aittir.

Çünkü efendinin köle üzerindeki mülkiyeti, köle kaçtıktan sonra da devam eder. Kölenin, kazandığına malik olma ehliyeti olmayınca, efendi köleye malik olduğu için kazancına malik olmak konusunda onun yerine geçer.

Yakalayan kimse köleyi ücretle çalıştırıp ücretini alsa bu ücret köleyi ücretle çalıştırana aittir.

Çünkü köle onun ödeme sorumluluğundadır.

Muhammed (rh.a.) herhalde bu sözüyle Peygamber (s.a.v.)'in الخراج بالضّمان *"Menfaat ödeme karşılığındadır."*[39] buyruğuna işaret etmiştir. Diğer yandan köleyi yakalayan kimse, onun emeği üzerinde akit yapmakla mal olmayan şeyi mal yapmıştır. Çünkü bize göre çıkarlar mal olma hükmünü ancak akit yoluyla alırlar. Nitekim Muhammed (rh.a.) bunu gasp konusunda açıklamıştır. *Başkasının mülküne ait olup mal olmayan bir şeyi kendi fiili ile mala dönüştüren kimse o mala sahip olur.* Örneğin bir kimse başkasına ait olan bir topraktan bardak yapıp satsa ona malik olur. Fakat onu hayır olarak vermesi (tasadduk etmesi) gerekir. Çünkü bu malı, temiz olmayan bir kazanç ile elde etmiştir.

Kölenin çalışmaktan elde ettiği ücreti köle ile birlikte sahibine verip "Bu mal kölenin geliridir. Ben bunu sana teslim ettim." dese gelir efendiye ait olur.

Çünkü köleyi yakalayan kimse yaptığı bu işte ihtiyatla davranmış ve âlimlerin ihtilafından çıkmıştır. Çünkü Şâfiî (rh.a.)'ye göre bu mal efendiye aittir. Biz Hanefilere göre ise çalıştırana aittir. Bu gelirin ona ait olması gönül rızasıyla geliri kölenin efendisine temlik etmesine engel olmaz. Efendinin o gelirden yararlanması istihsanen helâldir. Kıyasa göre ise helâl değildir. Çünkü köleyi çalıştıran kimsenin geliri hayır olarak vermesi gerekince, fakirin o gelirdeki hakkı kesinleşmiştir. Köleyi yakalayan kimse ise fakirlerin hakkını düşürme hakkına sahip değildir. Fakat Muhammed (rh.a.) istihsan ederek demiştir ki "Hayır olarak vermek, köle sahibinin razı olmaması nedeniyle oluşan haramlıktan dolayı gerekmiştir. Bu ise köle sahibi hakkında değil, köleyi yakalayan kimse hakkında söz konusudur. Bu, kazancın köle sahibine verilmesiyle ortadan kalkar. Bundan dolayı köle sahibinin o kazançtan yararlanması istihsanen helâldir. Çünkü o, kendi kölesinin kazancıdır.

---

[39] Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, VI/49; Ebû Dâvûd, Buyû' 71; Tirmizî, Buyû' 53; Nesâî, Buyû' 15; İbn Mâce, Ticârât 43.

Kıyasa göre ise ücreti efendiye vermesi gerekmez. Çünkü kiralayan kimse, köleyi çalıştırdığı için ödeme sorumluluğu ona aittir. Ücret ve ödeme ise birleşmez.

Fakat Muhammed (rh.a.) istihsan ederek şöyle demiştir: Kölenin kazanma ve çıkar sağlama ehliyeti elinden alınmış değildir. Görmez misin hibeyi ve sadakayı kabul etmesi geçerlidir. Dolayısıyla köle çalıştığı işi bitirip kurtulunca, bu akit sırf onun yararına olur. Çünkü akit olmasaydı onu çalıştıran kimse ona hiçbir şey borçlanmayacaktı. Bundan dolayı biz bu akdi geçerli kabul ettik. Kölenin ölmesi ise böyle değildir. Çünkü bu durumda akit geçerli olursa kölenin efendisi köleyi kiralayan kimseye ödettirme hakkına sahip olmayacak ve bundan zarar görecektir. Kölenin hayatta kalması durumunda akit geçerli olunca ücreti alma hakkı da köleyi yakalayan kimseye ait olacaktır. Çünkü bu ücret onun köleyi yakalaması nedeniyle yaptığı bir akitle gerekmiştir. Dolayısıyla bu ücreti kölenin sahibine verebilir. [11/28]

Efendisi ile bir bedel karşılığı özgürlük sözleşmesi yapan kölenin kaçması özgürlük sözleşmesini ve ticaret yapma iznini geçersiz kılmaz. Ticarete izinli olan köle ise böyle değildir.

Sözleşmeli kölenin kaçması

Çünkü efendi ticarete izinli olan kölesinin bu iznini kaldırabildiği durumda sözleşmeli kölesinin ticaret yapma iznini kaldıramaz. Diğer yandan sözleşmeli kölenin hakkı bizzat bağlayıcıdır. Bundan dolayı efendi onu satma yetkisine sahip değildir. Ticarete izinli köleyi ise satabilir.

İşin doğrusu şöyledir: Sözleşmeli kölenin kaçması diye bir şey söz konusu olamaz. Çünkü kazanmak için istediği yere gitme hakkına sahiptir. Efendisi buna engel olamaz. Ticarete izinli olan kölenin belde dışına çıkmasına ise engel olabilir. İzinsiz olarak belde dışına çıkışı onun kaçak olması demek olur. Bu bakımdan sözleşmeli köleyi yakalayıp getirene ödül yoktur. Çünkü onun belde dışına çıkışı kaçak olmak anlamına gelmez. Ticaret izni olan kölenin durumu ise böyle değildir. Ayrıca kaçak köleyi geri getiren kimse, getirmesi ile kölenin mali değerini yeniden sağladığı için ödülü hak eder. Bu ise sözleşmeli kölede söz konusu değildir. Çünkü efendinin sözleşme bedelinde olan hakkı yalnızca sözleşmeli kölenin zimmetindedir. Kaçmakla ölümle yüz yüze gelmiş değildir ki köleyi geri getirmekle ona hayat vermiş olsun.

Köle ise kendisinin (rakabesinin) mali değeri ile efendiye aittir. Kaçması onu telef olmakla karşı karşıya getirir. Dolayısıyla köleyi geri getiren kimse bu fiili ile ona hayat vermiş olur.

Zıhar kefâreti[40] olarak -hayatta ise- kaçak köleyi özgür kılmak caizdir.

Kaçak kölenin zıhar kefâreti olarak özgür kılınması

[40] **Zıhar kefâreti;** bir erkeğin karısını, kendisiyle evlenmesi ebediyyen haram olan bir kadının kendisince bakılması caiz olmayan arkası, karnı, uyluğu gibi bir organına benzetmesi (zıhar) durumunda, o erkeğin karısıyla cinsel ilişkinin helâl olabilmesi için köle özgür kılması, gücü yetmezse iki ay ara vermeden oruç tutması, gücü yetmezse altmış fakiri sabah-akşam bir gün doyurmasıdır.

Çünkü gerçekte efendinin köle üzerindeki mülkiyeti devam etmektedir. Köle, elinde iken özgür kılması nasıl geçerli ise kaçak olması durumunda da geçerlidir.

"Kaçak köle telef edilmiş mal hükmündedir. Hükmen telef edilmiş olan bir şeyin zıhar kefâretii olarak özgür kılınması ise, kör kölenin özgür kılınmasında olduğu gibi caiz değildir." diye bir itiraz olursa biz şöyle cevap veririz: "Köleden hükmen telef edilmiş olan şey kölenin kendisi değil, mal olma yönüdür. Kefâreti ise doğrudan özgürlüğe kavuşturmakla eda edilir ve bu, kölenin mal olmasıyla değil, kendisiyle ilgili bir konudur. Çünkü Allahu Teâlâ (c.c.)

﴿ فتحرير رقبة ﴾

"... kimselerin bir rakabeyi (köleyi) özgürlüğe kavuşturmaları gerekir." (el-Mücâdele 58/3) buyurmuştur. "Rakabe"[41] gerçek anlamda zat ismi, örfte ise köle edinilen zatın ismidir. Âyette (nassta) kölenin mal olma özelliğine değinilmemiştir. Dolayısıyla kendisiyle kefâretiin eda edilmesi konusunda değeri az olan köle ile çok olan köle arasında herhangi bir fark söz konusu değildir. Kör olan köle ise böyle değildir. Kör kölede hükmen telef olan, kölenin kendisidir. Çünkü kendi cinsinden (diğer kölelerden) sağlanan yararın bu köleden sağlanması imkanı kalmamıştır. Efendisinin ölümünden sonra özgür olması kararlaştırılan köle (müdebber) ve efendisinden çocuk doğuran câriye (ümmü veled) de böyle değildir. Çünkü onların özgür kılınması başlı başına bir özgür kılma değildir. Aksine bu, bir bakıma onların ileriye dönük olarak elde ettikleri bir hakkı çabuklaştırmaktır.

Köle sahibinin, kaçak kölesini, yakalayan kimseye satması caizdir.

Çünkü başkasına satmasının caiz olmaması köleyi teslim etmekten aciz olması nedeniyledir. Burada ise teslim etmekten aciz olma durumu söz konusu değildir. Çünkü köle, alıcının elinde bulunduğundan bizzat akitle köle alıcıya teslim edilmiş olmaktadır. Bundan dolayı satış caizdir.

Rehin olarak bırakılan kölenin kaçması

Rehin köle kaçsa ve bir kimse o köleyi, rehin veren hayatta iken veya öldükten sonra yakalayıp getirse köle rehin olarak kalır.

Çünkü kölenin kaçması nedeniyle kölenin mal olma niteliği yok olmak üzere idi. Yakalanıp geri getirilmekle bu niteliği geri geldi. Bu, ölmeye yüz tutmuş iken iyileşen köle gibidir. Dolayısıyla rehin olarak devam eder.

[11/29]

Rehin alan kimse, rehin veren öldükten sonra bu köleyi almaya diğer alacaklılardan daha fazla hak sahibidir. Kölenin değeri borcu kadarsa köleyi geri getirme ödülünü rehin alan kimse öder.

---

[41] **Rakabe / الرقبة:** Sözlükte boyun ve ense kökü anlamına gelir. Esirlerin boynuna kement takılıp satın alınması nedeniyle şahıştan kinaye veya bir şeyin parçasını (cüz') zikrederek tamamını (küll) kastetmek şeklinde mecaz olarak da kullanılır. Hukuki bir terim olarak ise; her şeyin aslına ve zâtına "rakabe" dendiği gibi başkasına mülk olarak devredilmesi (temlîk) veya mülk edinilmesi (temellük) mümkün olan şeyin aynı (somut varlığı) ve zâtı anlamına da gelir.

Çünkü geri getiren kimse kölenin ve rehin alanın hakkının mal olma niteliğini canlandırdığı için ödülü hak eder. Kölenin mali değeri ise rehin alan kimsenin hakkıdır. Çünkü rehin akdinin gerektirdiği şey, rehin alan kimsenin, kölenin maliyeti üzerinden alacağını tahsil etme hakkının sabit olmasıdır. Görmez misin köleyi yakalayan kimse, köle yok olana dek geri getirmese, rehin alan kimsenin (diğer alacaklılar gibi) alacağı düşecektir. Bundan anlıyoruz ki köleyi geri getiren kimse rehin alan kimsenin yararına bir iş yapmıştır. Dolayısıyla ödülü onun vermesi gerekir. Bu, fidye vererek köleyi cinâyetten (kısastan) kurtarması gibidir. Bu, köleden kendi ödeme sorumluluğu miktarında rehin alan kimsenin borcudur. Ödül de böyledir. Nafaka ise böyle değildir. Çünkü nafaka kölenin mal olma niteliğini canlandırmak için değil, mülkiyeti devam ettirmek içindir. Görmez misin rehin alan kimse köleye harcama yapmaktan kaçınınca köleyi borçluya geri verip alacağının tamamını devam ettirebilir.Buradan anlıyoruz ki köle için yapılan harcama mülkiyeti devam ettirmek içindir. Mülkiyet de rehin verene aittir. Ödül ise kölenin mal olma özelliğini canlandırma nedeniyledir. Dolayısıyla rehin alan kimsenin yükümlülüğündedir. Görmez misin, çıkan bir yara ile rehin kölenin değeri eksilse bunu tedavi ettirmek rehin alan kimseye ait olmaktadır. Nafaka ise bunun aksinedir. Kaçak köle nedeniyle verilen ödül de böyledir.

Köleyi yakalayıp getiren kimse ödülü alıncaya kadar köleyi elinde tutabilir.

Kaçak köleyi yakalayan kişinin ödül alacağı nedeniyle köleyi elinde tutması

Çünkü o, kölenin mal olma özelliğini geri getirmekle ödülü kazanmıştır. Dolayısıyla kazandığı bu ödülün, kölenin mal olma özelliği ile bir ilgisi vardır. Bu nedenle, nasıl ki satıcı sattığı malı parayı alıncaya kadar elinde tutuyorsa bu kimse de köleyi elinde tutabilir.

Hâkim, ödülü alıncaya kadar köleyi elinde tutmasına hükmettikten sonra köle bu kimsenin elinde iken ölse ödeme sorumluluğu yoktur.

Çünkü onun köleyi elinde tutma hakkı vardır.

Ancak ölümünden sonra ödül alması söz konusu değildir.

Çünkü ödülü hak etmesi kölenin mal olma özelliğini canlandırması nedeniyle idi ki bu da köle, efendisinin eline ulaşmadığı için gerçekleşmemiştir. Bu, satılan malın, satıcının elinde iken telef olmasına benzer. Bu durumda satıcı satılan malı elinde hapsetmiş olsun, olmasın satıcının alıcıdan para alma hakkı düşer. Burada da köleyi geri getiren kimsenin ödül alma hakkı –köleyi elinde hapsetmiş olsun, olmasın- kölenin ölmesiyle düşer.

Bir köle kaçsa ve beraberinde bir mal götürse sonra bir adam köleyi yakalayıp getirse ve "Ben onun yanında bir şey bulmadım' dese sözüne itibar edilir. Ödeme sorumluluğu söz konusu değildir.

Çünkü o kimsenin köleyi yakalamış olması, köleyi yakaladığı zaman o malın kölenin elinde olduğu bilinmediği sürece, o malın da o kimsenin elinde olmasını gerektirmez. Efendi bunu iddia etmekte, o kimse ise inkar etmektedir. Nitekim efendi o kimsenin, kendine ait bir malı gasbettiğini iddia etse, o da inkar etse durum aynıdır. Mal sahibi onu suçlasa tıpkı dâva açması durumunda olduğu gibi, köleyi yakalayan suçlamayı inkar ettiği durumda mal sahibi bu konuda ona yemin verdirebilir. Çünkü mal sahibi, o kimsenin ikrar etmesi durumunda ikrarıyla kendisini bağlayacağı bir şeyi iddia etmektedir. Bu nedenle inkar ettiği zaman yeminden kaçınacağını umarak yemin etmesini ister. Yeminden kaçınırsa bu, onun ikrarı yerine geçer.

Harp ülkesine kaçan cariyenin ele geçirilmesi

Bir cariye efendisinden kaçıp düşman ülkesine sığınsa, sonra Müslümanlar onu bir yolla ele geçirse, bir kimse onu satın alıp onunla cinsel ilişkiye girse ve cariye ondan bir çocuk doğursa sonra efendisi gelse Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre cariyeyi, cariyenin ilk sahibi cinsel ilişki bedelini (ukr, mehre benzer) ve çocuğunun değerini (ondan) alır. Cariye ile cinsel ilişkiye giren kimsenin onu müşriklerden satın alması durumunda da hüküm böyledir. Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.)'e göre ise cariye, kendisinden çocuk doğurduğu kimsenin ümmü veledidir. Efendisinin onu almak için hiçbir yolu yoktur.

Bu, Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre "düşman ülkesine kaçan köleye müşriklerin sahip olmayacağı" esasına dayalıdır. Çünkü köle kendi üzerinde hâkimiyet sahibi olması ve bu hâkimiyetin de dinen dokunulmaz olması nedeniyle müşrikler o köle üzerinde el koyma hakkına sahip değildirler. O durumda bu köleye ne müşriklerden satın alan kimse, ne de istila nedeniyle Müslümanlar sahip olamayınca, cariyeyi satın alıp onunla cinsel ilişkiye giren kimse mağrur (aldatılmış) hükmünde olur. Çünkü o cariyeye sahip olma konusunda, satın almanın görünüşüne güvenmiştir. Mağrurun çocuğu ise değeri karşılığında özgürdür. Cariye üzerinde mülkiyeti olduğunu ispatlayan kimse cariyeyi, ukrunu ve çocuğunun değerini alır. Ömer ve Ali (r.a.) de böyle hüküm vermiştir. **[11/30]**

Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.)'e göre ise "Müşrikler kendilerine kaçan köleyi yakalayarak ona sahip olabilirler. Onlar sahip olunca onlardan satın alan kimse de sahip olur. Satın alan kimsenin ise ondan bir çocuğu olmuş, böylece cariye onun ümmü veledi (çocuğunun annesi) olmuştur. Dolayısıyla ilk sahibinin cariyeyi ikinci sahibinden isteme hakkı yoktur.

Kaçak müdebber ve ümmü veled'in yakalanması

Müdebber köle ve ümmü veledin geri getirilmesi ile de ödül gerekir.

Çünkü onlar da normal köle gibi, efendiye aittirler. Efendi onları çalıştırır.

"Bu kimse, özellikle Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre ümmü veledde mal olma özelliğini yeniden sağladığı için ödülü hak eder." sözünüz nereye gitti?" diye bir soru olursa biz şöyle cevap veririz: Evet, o kimsenin cariye üzerinde rakabesi

bakımından mali bir hakkı yoksa da kazancı bakımından vardır. Sözleşmeli köle ise böyle değildir. Çünkü o kazandığı şeylere efendisinden daha fazla hak sahibidir. Dolayısıyla onu efendisine geri getiren kimse ne rakabesi, ne kazancı bakımından efendinin malını canlandırmış olmaz.

Müdebberi veya ümmü veledi yakalayan kimse onları efendilerine ulaştırmadan önce efendileri ölse ödül alma hakkı yoktur.

Çünkü efendilerinin ölümüyle onlar özgür olmuşlardır. Özgür kimseyi geri getiren kimse ise ödül almaya hak kazanamaz.

Efendinin, müdebber kölesinden başka malı olmaması nedeniyle müdebber kölenin çalışıp borç ödeme yükümlülüğü olsa ve getiren kimse köleyi mirasçılara verse ödül alma hakkı yoktur.

Çünkü Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre çalışıp borcunu ödemesi istenen köle sözleşmeli köle hükmündedir. Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.)'e göre ise o köle, borcu olan bir özgürdür. Sözleşmeli köleyi veya özgür kimseyi geri getiren kimse ise ödül almaya hak kazanamaz. Müdebber köleyi veya ümmü veledi efendiye (ölmeden önce) ulaştırması durumunda ise ödül alma hakkı kesinleşmiştir. Bundan sonra efendinin ölmesiyle ve bunların özgür olmaları ile bu hakkı düşmez.

Kaçak kölenin iki kişiye ait olması

Kaçak köle, iki kimse arasında üç payın ikisi bir ortağa kalanı da öbür ortağa ait olacak şekilde ortak olsa, ödülü payları oranında verirler.

Ödül, kölenin mal olma özelliği canlandırıldığı için gerekir. Kölenin maliyeti, payı az olana göre çok olan açısından daha çoktur.

Küçük köleyi yakalayan kişinin ödül alması

Küçük kölenin kaçması durumunda onu sahibine getiren kimse büyük köleyi getiren kimse gibi- ödül almaya hak kazanır. Ancak onu yolculuk mesafesi kadar bir mesafeden getirmişse kırk dirhem alır. Yolculuk mesafesinden daha az olan bir yerden getirmişse, çektiği zorluk ölçüsünde bir şeyler alır.

Kişinin büyüğü getirirken çekeceği zorluk ise küçüğün getirilmesindeki zorluktan fazladır. Dolayısıyla getiren kimseye verilecek şey, buna göre değişir.

Efendinin kendisine getirilen kaçak köleyi özgür kılması

Bir kimse kaçak köleyi efendisine getirse ve efendisi ona bakınca özgür kılsa ödülü vermesi gerekir.

Çünkü köleyi özgür kılmakla onu teslim almış olur. Görmez misin alıcı satın aldığı köleyi teslim almadan önce özgür etse bununla köleyi teslim almış olmaktadır.

Efendinin köleyi, getiren kimseye satması durumunda da hüküm böyledir.

Çünkü başkasının mülkü yapmak (temlik etmek) suretiyle köle üzerindeki tasarrufu geçerli olunca, köleyi teslim almış sayılır. Diğer yandan efendiye, satım

bedelinin teslim edilmesi o kimsenin köleyi getirmesi nedeniyledir. Dolayısıyla bu, bizzat kölenin sahibine teslim edilmesi gibidir.

Getiren kimse köleyi efendisine teslim eder etmez köle efendisinden kaçsa, sonra başka bir kimse o köleyi üç günlük bir mesafeden yakalayıp getirse, efendi her iki kimseye de tam ödül verir.

Çünkü ödülün nedeni olan kölenin efendiye geri getirilmesiyle mal olma özelliğinin canlandırılması, her ikisi tarafından da tam olarak gerçekleştirilmiştir.

Kaçak köleyi iki kişinin efendiye getirmesi

Birinci kişi köleyi şehre ulaştırdıktan sonra henüz efendisinin yanına götürmeden önce köle kaçsa ve diğer kimse köleyi üç günlük yoldan yakalayıp getirse ödülü o alır. Üç günlük yoldan daha az bir mesafeden getirmişse bir şeyler verilir. Birinci kişi ise hiçbir şey alamaz.

Çünkü ödülün nedeni, efendiye ulaştırmakla tamam olur. Birinci kişi ise köleyi efendisine ulaştırmış değildir. Dolayısıyla kişi köleyi efendisine ulaştırmadan önce köle yeniden kaçtığı için o kimsenin ödül alma nedeni tamamlanmamıştır. Bu yüzden ödül alamaz. İkinci kişi ise köleyi efendisine ulaştırarak ödül alma nedenini tamamlamıştır. Yaptığı bu işe göre ödülü hak eder.

[11/31]

Birinci kişi köleyi ikinci kişi ile birlikte bir günlük yoldan yakalayıp getirse birinci ödülün tam yarısını alır. Diğerine ise çektiği zorluk ölçüsünde bir şeyler verilir.

Çünkü her ikisi de köleyi efendiye ulaştırarak ödül alma nedenini tamamlamışlardır. Ancak birinci, iki iş yapmıştır. Bundan dolayı köleyi yolculuk mesafesi kadar olan bir mesafeden getirmiş olur. Ödülün tam yarısını alır. İkinci ise köleyi bir günlük yoldan getirmiştir. Onun açısından, köle iki kişi tarafından bir günlük yoldan getirilmiş olarak kabul edilir. Bundan dolayı çektiği zorluk ölçüsünde bir şeyler almayı hak eder.

Üç günlük yoldan getirmeleri durumunda ise ödülü aralarında eşit olarak paylaşırlar.

Çünkü ödülü hak etme nedeninde –ki neden köleyi üç günlük yoldan efendiye ulaştırmaktır.- eşit olmuşlardır. Dolayısıyla hak ettikleri ödülde de eşit olurlar.

Köleyi efendiye getirenlerden birisi ticaret yapması yasaklanmış olan bir köle veya ticarete izinli bir köle ise ödülü hak etme konusunda özgür gibidir.

Çünkü bu da bir tür mal kazanma yoludur. Köle, efendisi hakkında sırf yarar taşıyan bir yolla mal kazanması konusunda kısıtlı değildir.

Kaçak köle, özgürlük sözleşmesi yapmış bir köleye veya ticaret yapan bir köleye ait ise bunlar köleyi kendilerine getiren kimseye ödül vermekle yükümlüdürler.

Çünkü bunların kazançları konusundaki hakları, özgür kimsenin tasarruf yetkisine sahip olmakla ilgili konulardaki hakkı hükmündedir. Köleyi getiren kimse ise bu fiili ile onun mal olma özelliğini canlandırmıştır. Bundan dolayı o ikisinden ödül alma hakkını elde eder.

Kaçak köle, bir çocuğa ait ise babası veya vasîsi ödülü onun malından verir.

Çünkü kölenin mal olma özelliğinin canlanması onun yararına olmuştur.

Cinayet işledikten sonra kaçan kölenin yakalanması

Bir köle cinâyet işledikten sonra kaçsa ve bir kimse onu yakalayıp getirse efendi köleyi vermekle, cinâyeti kaçmadan önce işlemesi durumunda cinâyet fidyesini vermek arasında seçim yapma hakkına sahiptir. Fidye vermeyi tercih ederse ödülü de efendi vermek durumundadır.

Çünkü fidyeyi tercih etmekle köleyi işlediği suçtan temize çıkarmış ve köleyi geri getiren kimsenin kölenin mal olma özelliğini canlandırmakla onun yararına bir iş yaptığı anlaşılmıştır.

Kaçak köleyi satın alıp efendisine getiren kişi ödül ve bedeli alabilir mi?

Efendi, köleyi cinâyet işlenen kişinin velilerine vermeyi tercih ederse ödülü onlar vermek durumundadır.

Çünkü köleyi geri getiren kimsenin onların hakkını canlandırdığı anlaşılmıştır. Çünkü efendi fidye vermeyi tercih etmedikçe kölenin kendisi, işlediği cinâyet nedeniyle onların olur. Bundan dolayı efendi iki şıktan birini tercih etmeden önce köle ölse, onların hakkı geçersiz olur. Şu durumda efendinin köleyi onlara vermeyi tercih etmesi ile, köleyi getiren kimsenin onların hakkını canlandırdığı anlaşılmıştır. Bundan dolayı ödülü onlardan almaya hak kazanır. Onlar ödülü verinceye kadar köleyi elinde tutabilir. Nitekim –ödül alıncaya kadar- köleyi efendiye de vermeme hakkı bulunmaktaydı.

Bir köle herhangi bir beldeye kaçsa, sonra onu bir kimse yakalasa, başka bir kimse köleyi ondan satın alıp efendisine getirse ödül almaya hak kazanamaz.

Çünkü köleyi kendisi için sahibine geri vermiştir. Şöyle ki; alıcı satın aldığı mala malik olmayı kastedebilir. Bu durumda efendinin yararı için çalışmak bir tarafa, onun malını gasbetmiş olur.

Köleyi hibe etmesi, vasîyet etmesi veya miras olarak bırakması durumunda da hüküm böyledir.

Satın alan kimse satın alırken –başka bir yolla köleyi sahibine götürme imkanı olmadığı için- onu sahibine geri vermek üzere satın aldığına tanık tutarsa ödüle hak kazanır.

Çünkü o bu tanık tutma ile köleyi efendiye götürmek konusunda onun yararına çalıştığını göstermiş olur. Fakat bu, yapması mümkün olan bir yoldur.

Ödülü kazanır ama satın almak için ödediği meblağı –az olsun, çok olsun- efendiden isteyemez.

Çünkü bunu teberru etmiş yani karşılıksız yapmıştır. Nitekim hâkimin emri olmaksızın köleye yaptığı harcamalarda da teberru ettiği kabul edilmektedir.

Kölenin yabancı ülkeye kaçması durumunda da hüküm böyledir.

Getiren hakkında yabancı ülkeye kaçan köle ile İslam ülkesinde yakalanan köle arasında fark yoktur.

[11/32] **Kaçak köleyi bir kimse yakalayıp efendisine vermek üzere getirse ve onu ölmüş bulsa ödülü efendinin terikesinden alır.**

Çünkü efendinin mirasçısı veya vasîsi öldükten sonra onun yerine geçer. Mirasçıya götürmek yaşarken efendiye götürmek gibidir. Efendiden ödül almayı hak edince de bu ödül, diğer borçlar gibi, efendinin terikesinde borç olur.

Kaçak kölenin efendinin mirasçıları ve vasîsine geri getirilmesi

Efendinin bütün malını kaplayan bir borcu varsa köleyi getiren kimse, kendisine ödül verilinceye kadar onu elinde tutmaya başkalarından daha fazla hak sahibidir. Efendinin o köleden başka malı yoksa köle satılır. Borçların ödenmesine, köleyi getiren kimsenin ödülünden başlanır. Sonra diğer alacaklılar arasında taksim yapılır.

Çünkü diğer alacaklıların kölenin mali değeri üzerindeki hakları, ölen kimse tarafından sabit olmuştur. Getiren kimsenin o köle üzerindeki hakkı ise efendi ödülünü vermedikçe onun hakkından önce gelir. Bunun gibi, köleyi yakalayan kişi, ölenin alacaklılarından da daha fazla hak sahibidir.

Kaçak köleyi yakalayıp getiren kişi, kölenin sahibi olup ölen kişinin mirasçısı ise köleyi yakalayıp efendisi hayatta iken üç gün yol yürüse, şehre girdikten sonra köleyi efendiye ulaştırmadan önce efendi ölse ve köleyi geri getiren mirasçı, efendinin bakmakla yükümlü olduğu kişilerden olmasa Ebû Hanîfe ve Muhammed (rh.a.)'e göre ödülü hak eder. Ebû Yusuf (rh.a.) ise "Ödül alamaz. Çünkü ödülü hak etmek köleyi sahibine ulaştırmakla olur." demiştir.

Bu kimse köleyi sahibine ulaştırmadan önce köle yeniden kaçsa yine ödül alamaz. Burada köle efendiye ölümünden önce ulaştırılmamıştır. Ölümden sonra ise köleyi geri getiren kimse, ödül alabilecek konumda kalmamıştır. Çünkü artık o da kölenin ortakları arasındadır. Bir kimse, ortak olduğu bir işte çalışırsa –çalışması karşılığında ücret alması akitte koşul koyulmuş olsa bile- akit nedeniyle ücreti hak edemez. Burada ödülü hak etmemesi ise önceliklidir.

Ebû Hanîfe ve Muhammed (rh.a.)'in görüşlerinin dayanağı şöyledir: Köleyi geri getiren kimse yaptığı bu işle ödülü hak eder. Bu iş, miras bırakan yaşarken kendisinin de kölede henüz ortaklığı sabit olmadan önce tamam olmuştur. Ancak köleyi efendiye ulaştırması koşuldur. Köleyi ulaştırması durumunda ödülü koşul

nedeniyle değil, yaptığı bu iş nedeniyle hak eder. Koşul ise mahaldeki yani köledeki ortaklıkla birlikte gerçekleşir. Gerçekleşmeyen şey, ortak olduğu konuda işin efendiden başkasına teslim edilmesidir. Burada ise yapılan iş, kölenin efendinin mülküne girmesiyle efendiye teslim edilmiştir. Köle efendinin mirasçılarına teslim edilmekle koşul da gerçekleşmiştir. Dolayısıyla ödülü hak eder.

Bunu şu açıklar: Köleyi getiren kimse kölenin mal olma özelliğini canlandırmakla ödülü hak eder, bu ise gerçekleşmiştir. Dolayısıyla efendinin borcu olsa veya bir vasîyette bulunmuş olsa borç bu köleden ödenir. Vasîyet bu köle üzerinde geçerlidir. Bu, köleyi efendi hayatta iken kendisine verip o ölünceye kadar ödülü almamak gibi olur.

Kölenin değerinin kırk dirhemden düşük olması

Kaçak köleyi üç günlük yoldan getirse ve kölenin değeri kırk dirheme denk olmasa, Ebû Yusuf'un önceki görüşüne göre getiren kimse kölenin değerinden bir dirhem kadar eksik ödül alır. Muhammed'in görüşü de böyledir. Ebû Yusuf (rh.a.)'un sonraki görüşüne göre ise tam ödülü hak eder.

Ebû Yusuf'un önceki görüşünün dayanağı şöyle açıklanır: Ödülün gerekmesi efendinin yararına olarak kölenin mal olma özelliğinin canlandırılması bakımındandır. Bundan dolayı efendinin yararına olarak canlandırılan mali değere bakılır. Bunun yanı sıra köleyi geri getiren kimseye efendi tarafından, kendisine zarar verme konusunda değil, yarar verme ve bu yarar karşılığında mal almaya hak kazanma konusunda izin verilmiştir. Kölenin değeri bir dirhem olunca efendiyi kırk dirhem vermekle yükümlü tutmak açık bir zarardır. Dolayısıyla bu işin efendiye sağladığı yarar ölçüsünde ödül verilmesi uygun olur. Bu da kölenin değerinin bir dirhem altıdır. Çünkü dirhemden daha küçük olan miktarın dinen bir değeri yoktur.

Sonraki görüşünün dayanağı ise şöyle açıklanabilir: Köleyi geri getiren kimseye ödül verilmesi gerektiği sahâbîlerin ittifakıyla dinde bilinmiştir. Sahâbîler ise kölenin değeri konusuna temas etmeksizin ödülü kırk dirhem ile belirlemişlerdir. Dinen sabit olan bir belirlemeyi dikkate almak gerekir. Burada kişinin, köleyi geri getiren kimse için belirlenen ödülü hak etmek için yaptığı iş, efendi ile bizzat yaptığı bir akit gibidir. Efendiyle yaptığı akitte anılan şeyin tamamını almaya nasıl hak kazanıyor ve kölenin değerine bakılmıyorsa, burada da böyle olmalıdır. [11/33]

Bunu şu açıklar: Kölenin rakabesinin mali değeri kırk dirhemin altında ise de onun efendiye gelecek olan kazancı daha fazla olabilir. Biz ödülü başlangıçta gerekli kılabilmek için bunun dikkate alınacağını önceden açıklamıştık. Bu başlangıçta dikkate alınıyorsa, ödülün tam olarak verilmesi için dikkate alınması öncelikle anlaşılır.

Yakalanan kölenin borçlu olması

Yakalanan kölenin borcu olsa, efendi onun borcunu ödemeyi kabul ederse, köleyi getiren kimse ödülü kölenin efendisinden alır. Efendi borcu ödemeyi kabul etmezse köle satılır. Ödül alacak kişi ödülünü o paradan alır. Geriye kalan para alacak sahiplerinin olur. Bu ve daha önce geçen "kölenin cinâyet borcu olması meselesi" birbirine eşittir.

Çünkü o meselede yapılması gereken, köleyi işlediği cinâyet nedeniyle mağdurun yakınlarına vermek, burada ise borcunu ödemek için satmaktır.

Bir kimsenin, yakınına ait kaçak köleyi yakalaması

Bir kimse kardeşinin kölesini, babasının kölesini, oğlunun kölesini, eşinin kölesini yakalasa veya bir kadın kocasının kölesini yakalasa bütün bu durumlarda tek türlü kıyas vardır; Yakalayan kimse, köle sahibinin bakımını üstlendiği kimselerden değilse ödülü hak eder.

Çünkü bu durumda birinin mülkü diğerinin mülkünden ayrıdır. Bundan dolayı köleyi geri getirmekle köle sahibinin yararına olarak kölenin mal olma özelliği canlandırılmış olur. Dolayısıyla diğer yabancılar gibi, bunlarda ödülü hak eder.

Fakat Muhammed (rh.a.) istihsan yaparak şöyle demiştir: Bir kimsenin nafakasını babası karşılıyorsa o kimse babasına ait olan bir köleyi bulunca ödülü hak etmez.

Çünkü kaçak köleyi babasına getirmesi onun babasına yaptığı hizmetlerden biridir. Babaya hizmet etmek ise yargı bakımından oğlun görevi değilse de din bakımından görevidir. Bundan dolayıdır ki baba oğlunu kendine hizmet etmesi için kiralasa oğul, -kendisinin nafakasını karşılasın, karşılamasın- babasından ücret alma hakkını kazanamaz. Bunun gibi, kaçan kölesini geri getirmekle de ödül almaya hak kazanamaz.

Kadının kocası ile arasındaki hüküm de böyledir. Çünkü her ikisi de yekdiğerinin malına el uzatabilir. Onun iyiliğini kendi iyiliği sayar. Ayrıca kocaya hizmet etmek dinen kadının görevidir. Bundan dolayı koca eşini kendine hizmet etmesi için kiralayamaz. Koca ise normal olarak zaten eşinin kaçan kölesini arayacak kimsedir.

Bir kimse oğlunun kaçak kölesini bulmuşsa ve kendisinin nafakasını oğlu karşılıyorsa ödül alamaz.

Çünkü bir kimsenin kaçak kölesini âdeten nafakasını karşıladığı kimseler arar. Bundan dolayı köle sahibi onların nafakasını karşılamaktadır. Bundan başka bir de ödüle hak kazanamaz. Dolayısıyla baba nafakası karşılanmakla birlikte bir de ödül alamaz.

Oğlu kendisinin nafakasını karşılamıyorsa ödül alır.

Çünkü babanın oğluna hizmet etmesi dinen görevi olmadığı gibi, hukuken de caiz değildir. Bu yüzdendir ki bir kimse babasını kendisine hizmet etmesi için

kiralasa, o da hizmet etse ücret almaya hak kazanır. Bunun gibi, ödül almaya da hakkı vardır.

Erkek kardeş de kendisinin nafakasını kardeşi karşılamıyorsa ödül alabilir. Nafakasını o karşılıyorsa alamaz.

Çünkü köle sahibi, bu ve benzeri durumlar için erkek kardeşinin yükünü çekmekte ve onun nafakasını karşılamaktadır.

Yetimin kölesi kaçsa, vasîsi bulup getirse ödül alamaz.

Çünkü âdet olarak yetimin kölesini arayacak olan ve onun kölesini elinde tutan kişi odur. Dolayısıyla kişinin köleyi kendine getirmesi söz konusu olmaz.

Yetim, kendi nafakasını karşılayan birinin himayesinde olsa ve o kimse yetimin kölesini getirse ödül alamaz.

[11/34]

Çünkü âdet olarak köleyi yetim için arayacak olan odur.

Yakalayan kişinin ödül konusunda efendi ile anlaşma yapması

Kaçak köleyi getiren kimse kölenin efendisi ile yirmi dirhem karşılığında sulh yapsa bu sulh geçerlidir.

Çünkü o hiç hakkı olmadan da sulh yapsa bu sulh geçerlidir. Köleyi getiren kimse ise hak ettiği miktarın bir kısmını düşürerek ona iyilik yapmıştır.

Ödülün kırk dirhem olduğunu bilmeksizin köle sahibi ile elli dirhem karşılığında sulh yapsa bu miktardan kırk dirhemi geçerli olur. On dirhemi çıkartılır.

Çünkü hakkı dinen kırk dirhem ile sınırlandırılmıştır. Bundan fazlası faiz olur. Bu şuna benzer: Köledeki payını özgür kılan ortak diğer ortakla payından fazla bir miktar karşılığında sulh yapsa açıkladığımız nedenle fazlalık geçersiz olur

Kaçak cariye ve çocuğunu getiren kişinin alacağı ödül

Cariye, süt emme çağında bir çocuğu varken kaçsa ve bir kimse ikisini birlikte getirse tek ödül alır.

Çünkü süt emen çocuğun kaçması düşünülemez. O kimse kaçan tek kişiyi geri getirmiştir. O da cariyedir.

Cariyenin oğlu ergenlik dönemine yaklaşmış bir çocuk ise ikisini getiren kimse iki ödül yani seksen dirhem alır.

Çünkü her ikisinin de kaçması gerçekleşmiştir. Bu kimse geri getirmekle iki kölenin mal olma özelliğini canlandırmıştır. Dolayısıyla her ikisi açısından da tam ödül alır.

Kaçan kölesini hibe eden kimse, köle geri getirilip hibe yapılan kişiye teslim edildikten sonra hibesinden dönse köleyi geri getiren kimse ödülü hibe yapılan kişiden alır.

Çünkü köleyi geri getirip ona vermekle kölenin mal olma özelliğini canlandırmıştır. Bundan sonra hibe edenin dönmesi nedeniyle hibe yapılan kişinin mülkiyetinin ortadan kalkması kölenin ölmesi nedeniyle mülkiyetinin ortadan

kalkması gibidir. Köle ölse, köleyi geri getiren kimsenin ödül alma hakkı geçersiz olmamaktadır. Hibe eden kişi hibesinden döndüğü zaman da geçersiz olmaz.

Allah Sübhanehü ve Teâlâ daha iyi bilir.

KAYBOLMUŞ KİMSE
(كتاب المفقود)

Mefkudun sözlük ve terim anlamı

Büyük ve Zahid Şemsül-eimme ve Fahrü'l-İslâm Şeyh Ebû Bekr Muhammed b. Ebi Sehl es-Serahsî yazdırmak suretiyle şunları söyledi:

Mefkûd; önceki durumu itibarıyla sağ olan, ancak sonucu itibarıyla ölü gibi izi gizli olan bir kişiye verilen isimdir. Ailesi onu arama konusunda ciddi bir çaba göstermekte, fakat oturduğu yerin gizli olması nedeniyle bulamamaktadır. Ailesi bu kişiden haber alamamakta, onun izi kendileri için örtülü bir durumda bulunmaktadır. Ciddi aramaları sonucunda isteklerine ulaşabilecekleri gibi, kavuşmaları kıyamet gününe de kalabilir.

Mefkûd ismi lügatte zıt anlamlara sahip olan bir isimdir. Kişi فَقَدْتُ الشَّيْءَ der ki bunun anlamı *"onu yitirdim"* demektir. Yine aynı fiili kullanarak فَقَدْتُهُ *"onu aradım"* der. Mefkûdda bu, her iki anlam da bulunmaktadır. Çünkü o ailesinden kayıp olmuş, ailesi ise onu aramaktadır.

Mefkudun dindeki hükmü

Mefkûd'un dindeki hükmü şudur; O, kendisi açısından hayatta kabul edilir. Bu nedenle de malı, mirasçıları arasında taksim edilmez. Başkaları açısından ise ölmüş kabul edilir. Bu nedenle o, akrabalarından birisi öldüğünde ona mirasçı olamaz.

Mefkûd'un hayatı ıstıshâb-ı hâl[42] ile sabittir. Çünkü onun daha önceden hayatı bilinmektedir. İşte buna aykırı bir durum ortaya çıkmadığı sürece devam ettiğine hükmolunur. Istıshâb-ı hâl var olan şeyin bulunduğu durum üzere varlığını devam ettirme konusunda muteber olmakla birlikte, olmayan bir şeyi var kılma konusunda muteber değildir. Onun malının mirasçıları arasında taksim edilmemesi, var olan şeyi olduğu durum üzere devam ettirmektir. Halbuki onu başkalarına mirasçı kılmada ise, daha önce onun lehine sabit olmayan bir şeyi var kılma vardır.

[11/35]

Diğer taraftan mefkûd'un hayatta olması görünüş itibarıyladır. Görünüş ise kişinin başkaları üzerinde hak sahibi olması için bir delil olmaz. Başkalarının kişi üzerinde hak sahibi olmasını engelleyen bir delildir. Mefkûd bu delile dayanarak

---

[42] **İstıshâb /** الاستصحاب: Geçmişte var olan bir şeyin, aksini ortaya koyan bir delil olmadıkça, şu anda da var olduğuna hükmetme ilkesi. Meselâ; on sene önce hayatta olduğunu bildiğimiz bir kimsenin vefatı hakkında herhangi bir delil bulunmadığı sürece o kişinin hayatta olduğuna hükmetmek gibi.

başkasının mirasında hak sahibi olamaz. Yine bu görünüşe binaen mirasçıların onun malında hak sahibi olmaları da önlenir.

Bundan dolayıdır ki biz Hanefilere göre mefkûd'un karısı başkaları ile evlenemez. Bu, Ali (r.a.)'nin de görüşüdür. Nitekim Muhammed (rh.a.) mefkûd ile ilgili bölüme Ali (r.a.)'nin mefkûd'un karısı ile ilgili şu sözü ile başlamıştır:

Mefkudun karısının durumu

Mefkûd'un karısı ibtilâya (imtihana) uğrayan bir kadındır. Bu nedenle kocasının öldüğü yahut boşadığı ortaya çıkıncaya kadar sabretsin.

İbrahim (en-Nehaî)de bu görüşü kabul etmekte idi. Nitekim o şöyle demiştir: "Bazılarından duyduğumuza göre kaybolan kimsenin karısı dört yıl beklermiş. Bu, dikkate değer bir görüş değildir. O, imtihana uğrayan bir kadındır, sabretsin." Ömer (r.a.) de önceleri bu görüşe sahipti. Sonradan Ali (r.a.)'nin görüşüne dönmüştür.

Malik (r.a.) Ömer (r.a.)'in görüşünü esas alarak şöyle demektedir: "Görünen odur ki; eğer mefkud hayatta olsa idi, bu süre (dört yıl) esnasında kendisinden haber alınırdı. Gerçeğinin bilinmesi mümkün olmayan durumlarda hükmü görünüş üzerine kurmak, özellikle de kadının uğradığı zararı ortadan kaldırma ihtiyacı var ise gerekir. Burada da kadının askıda kalmaması için uğradığı zararın ortadan kaldırılmasına ihtiyaç vardır. Görmez misin, cinsel iktidarsızlığı olan (innîn)[43] bir erkekle karısı bir yıl geçtikten sonra, kadının zararını ortadan kaldırmak için hâkim tarafından ayrılır. Yine karısına yaklaşmamaya yemin eden kimse (mûlî)[44] ile karısı dört ay geçtikten sonra kadının zararını ortadan kaldırmak için hâkim tarafından ayrılır. Kaybolan kişi açısından özür, karısına yaklaşmamaya yemin eden ve cinsel yönden iktidarsız olan kişiden daha kuvvetli olduğu için onun hakkında kadının iddet beklemesi için iki iddet süresi hesaplanır. Bu da (dört) ay yerine (dört) yılın esas alınması ile olur. Bu nedenle kadın bekler.

Biz Hanefîler bu görüşü kabul etmemekteyiz. Çünkü nikah mefkûdun hakkıdır. O, mülkünün devam ettirilmesi açısından hayatta kabul edilir. Onun hakkı (olan nikah da) bu kurala tabidir. Eğer biz onun eşinin başkasıyla evlenmesine izin verirsek bu, zorunlu olarak onun ölümüne hükmetme anlamını taşır. Çünkü kadın aynı anda iki kocaya helâl olmaz. Üstelik onun ölümüne

---

[43] **İnnîn / العنين:** Erkeklik organı olduğu halde cinsel ilişkiye gireremeyen kimse. Bu iktidarsızlık haline ise "innet" denir.

[44] **Îlâ / الايلاء:** Kocanın hanımına yaklaşmamak üzere yemin etmesidir. Böyle bir yeminde bulunan kocaya "mûlî", kendisine îlâ yapılan kadına "mûlâ minhâ" denir. İlâ üç kısma ayrılır:

a. Îlây-ı Muvakkat; dört ay, sekiz ay... gibi bir vakitle kayıtlı olan îlâdır.

b. Îlây-ı Müebbed; ebediyen yaklaşmamak üzere yapılan îlâdır.

c. Îlây-ı Mechûl; belli bir müddet belirtilmeksizin veya ebediyet kaydı konulmaksızın yapılan îlâdır. Îlâ süresinde koca hanımına hiç yanaşmazsa bir bâin talak meydana gelmiş olur. Bu süre içinde hanımına yaklaşırsa kefâret gerekir.

hükmettiğimizde malını da taksim etmek gerekir. Halbuki bu, ölümü hakkında hüküm vermeyi gerektirecek bir delil ortaya çıkmadıkça yapılamaz.

Karısına yaklaşmamaya yemin eden kişi ile cinsel yönden iktidarsız olan kişi açısından bir süre belirlemek kadını askıda bir durumda bırakmaktan meydana gelen zulmü ortadan kaldırmak içindir. Halbuki mefkûd açısından eşine zulmetme anlamı gerçekleşmemektedir. İşte biz bu gerekçelere binaen şöyle söyledik: "Mefkudun karısı imtihana uğramış olan bir kadındır. O sabretsin. Allahu Teâlâ dileseydi onu bundan daha çetin imtihanlara da tabi tutabilirdi."

Mefkudun vefatına hükmetmede esas alınacak süre

Mefkûd'a dair hiçbir haber alınamadığı takdirde mezhepte zahir (kuvvetli) olan görüşe göre onun yaşıtlarından hiçbir kişi hayatta kalmadığında, kendisinin öldüğüne hükmedilir. Çünkü dinde, bilinmesi gerekli olan şeyleri öğrenmenin yolu; telef olan şeylerin değerlerinin belirlenmesi, kadınların benzer (emsal) mehirleri gibi şeylerde olduğu gibi, benzer olanlara başvurmaktır. Bütün yaşıtları öldükten sonra mefkudun hayatta kalması nadirdir. Dini hükümler ise nadir olana değil, ortada olan şeyler üzerine kurulurlar.

Hasan b. Ziyad (rh.a.) şöyle derdi: "Doğumundan itibaren yüz yirmi yıl dolduğunda mefkudun öldüğüne hükmedilir." Bu görüş insanların tabiatları ve yıldızlarla uğraşan kimselerin sözlerine dayanmaktadır. Çünkü onlar şöyle derler: "Bir kişinin bundan daha fazla yaşaması mümkün değildir. Çünkü dört mizacta (soğukluk, sıcaklık, yumuşaklık, sertlik) güzelliklerin toplanması bu süre zarfında meydana gelmektedir. Bu süre zarfında mutlaka bunlardan birisi insanın tabiatına zıt olacağından insan ölür." Ancak, bizden önceki ümmetlerde Nuh (a.s.) ve daha başka uzun ömürlülerin bulunduğuna dair gelen âyetlerle onların görüşlerinin yanlış olduğu Müslümanlar tarafından açıkça anlaşılmıştır. Bu nedenle bu görüşe güvenilemez.

Ebû Yusuf (rh.a.)'un şöyle dediği rivâyet edilmiştir: "Mefkud'un doğumundan itibaren yüz yıl geçtiğinde onun öldüğüne hükmedilir. Çünkü ortada olan, bizim zamanımızda kimsenin yüz yıldan daha uzun yaşamadığıdır."

Hikaye edilir ki Ebû Yusuf (rh.a.)'a bunun anlamı sorulduğunda o şöyle demiştir: "Ben size bunu duyularla algılayabileceğiniz bir yolla açıklayayım. [11/36]

Çocuk on yaşına geldiğinde ana babasının etrafında işte böyle dolanır. (Ebû Yusuf "on" derken elininin parmakları ile on işareti yaptı)

Yirmi yaşına geldiğinde; işte böyle çocukluk ile gençlik arasında olur. (Parmakları ile yirmiyi gösterdi)

Otuz yaşına geldiğinde bu şekilde doğrulur. (Parmakları ile otuzu gösterdi)

Kırk yaşına geldiğinde yükler üzerine bu şekilde yüklenir. (Parmakları ile kırk yaptı)

Elli yaşına geldiğinde yüklerin ve meşguliyetlerin çokluğundan bu şekilde bükülür (Parmakları ile elliyi gösterdi)

Altmış yaşına geldiğinde ihtiyarlık nedeniyle işte böyle dürülür. (Parmakları ile altmışı gösterdi)

Yetmiş yaşına geldiğinde şu şekilde asasına (bastonuna) dayanır. (Parmakları ile yetmişi gösterdi)

Seksen yaşına geldiğinde sırt üstü şu şekilde yatar. (Parmakları ile sekseni gösterdi)

Doksan yaşına geldiğinde bağırsakları şu şekilde toplanır. (Parmakları ile doksanı gösterdi)

Yüz yaşına geldiğinde dünyadan ahirete göçer. Nitekim sayı yüze ulaştığında hesap sağ elden sola geçer"

Ebû Yusuf (rh.a.)'un bu sözleri diğer kişileri hoş tutmak için söylenmiş latife sözler olarak yorumlanır. Ancak Ebû Yusuf (rh.a.) hükmü bu şekilde tanımlıyor idiyse bu durumda farklı olur. Nitekim Ebû Yusuf (rh.a.)'tan nakledildiğine göre kendisine on yaşındaki kız çocuğunun durumu sorulduğunda o, "oynayanların oyunudur" demiş, yirmi yaşındaki kız sorulduğunda "sarmaşanlar için bir lezzettir" demiş, otuz yaşındaki sorulunca "gelişir ve yumuşar" demiş, kırk yaşındaki sorulunca "mal ve çocuk sahibi" demiş, elli yaşındaki sorulunca "yaşı geçenlerden bir ihtiyar" demiş, altmış yaşındaki sorulunca "lanet edenlerin laneti" demiştir.

Muhammed b. Seleme (rh.a.), kendisi yüz yedi yıl yaşayıp da bu görüşün yanlış olduğu bizzat kendisi üzerinde görününceye kadar mefkud konusunda Ebû Yusuf'un görüşü ile fetva veriyordu.

Fıkhî görüşe en uygun olan bu konuda herhangi bir süre sınırlaması yapılmamasıdır. Çünkü miktarlar rey ile belirlenemez. Bunun hakkında nass da yoktur. Ancak biz şöyle demekteyiz: "Mefkudun yaşıtlarından hiç kimse hayatta kalmadığında, onun durumunu benzerlerine kıyas etmek suretiyle onun ölümüne hükmedilir."

Kayıp kişinin karısı ile ilgili hükümler

Abdurrahman b. Ebi Leyla (rh.a.)'dan anıldığına göre o şöyle demiştir: "Ben mefkud (kaybolmuş) bir kişi ile karşılaştım. Bana başından geçenleri şöyle anlattı: Ben ailemin yanında sütle pişirilmiş un çorbası yedim. Sonra dışarı çıktım. Cinlerden bir grup beni aldılar. Onların arasında kaldım. Sonra beni serbest bırakmaya karar verip serbest bıraktılar. Sonra beni Medine yakınlarına getirdiler. Bana "sen hurma ağacını bilir misin?" dediler. Ben de "evet" dedim. Bunun üzerine beni serbest bıraktılar. Ben de gittim. Bir de baktım ki Ömer (r.a.) benim karımı dört yıl sonra benden ayırmış. O da iddet beklemiş. İddeti bitmiş sonra da birisi ile evlenmiş. Ömer (r.a.) bana; o kadını geri almak veya ödediğim mehri geri alma konusunda seçim hakkı verdi.

Hadisçiler (rh.a.) bu hadiste şunu da rivâyet etmektedirler: Ömer (r.a.) o adamı görünce kendisini tedip etmek isteyerek şöyle dedi "sizden biriniz bu kadar uzun süre karısından kayboluyor. Kendisi ile ilgili haber göndermiyor." Bunun üzerine o adam da "Acele etme ey müminlerin emiri!" diyerek başından geçenleri anlattı.

[11/37] Bu hadiste "cinlerin insanoğluna musallat olabileceğini" kabul eden ehl-i sünnet ve'l-cemaat (rh.a.) mezhebinin görüşüne dair delil bulunmaktadır. Doğru yoldan sapan kişiler ise kendi aralarında farklı görüşlere sahip olmakla birlikte bunu inkar etmektedirler. Onlardan bir grup şöyle derler: "İnkar edilen şey cinlerin insanın içine girmesidir. Çünkü tek bir kişide iki ruh bir araya gelmez. Ancak insanın içine girmeksizin cinlerin insana musallat olması mümkündür." Diğer bir kısmı da şöyle derler: "Cinler latif cisimler olduğundan onların kesif bir cismi bir yerden başka bir yere götürmeleri mümkün değildir." Biz ise şöyle demekteyiz: Hadislerde yer alan şeyleri kabul ederiz. Nitekim Peygamber (s.a.v.) şöyle demiştir:

إِنَّ الشَّيْطَانَ يَجْرِي مِنْ ابْنِ آدَمَ مَجْرَى الدَّمِ

"Şüphesiz şeytan, insanın damarlarında kanın dolaştığı gibi dolaşır."[45]

Yine Peygamber (s.a.v.) şöyle demiştir:

إِنَّهُ يَدْخُلُ فِي رَأْسِ الْإِنْسَانِ فَيَكُونُ عَلَى قَافِيَةِ رَأْسِهِ

"Şüphesiz şeytan insanın kafasının içine girer. Kafasının arka kısmında (ensesinde) bulunur."[46] Bu uzunca bir hadistir. Bu hadis de bizim görüşümüze delil olmaktadır. Biz, bize nakledilen haberlere tabi oluruz. Bunların nasıl olduğu ile uğraşmayız.

Ömer (r.a.), sanki mefkud'un karısı ile ilgili görüşünden bu adamın durumunu öğrenince dönmüştür. Ömer'in o adama karısını geri almak veya mehir arasında seçim hakkı tanımasına gelince; bu Ömer (r.a.)'in "Bir kadına, kocasının ölüm haberi ulaştırılıp da kadın iddet bekler, sonra da evlenirse daha sonra ilk kocası sağ olarak geri döndüğünde bu ilk kocaya kadının kendisine geri verilmesi veya ödediği mehri geri almak arasında seçim yaptırılır" görüşüne dayanmaktadır. Ömer'in bu görüşü bırakıp Ali (r.a.)'nin görüşünü benimsediği sahih olarak rivâyet edilmiştir. Ali (r.a.) şöyle demektedir: "Kadın ilk kocasına geri döndürülür. Diğerinden ayrılır. İkinci kişi kadınla cinsel ilişkide bulunmasının karşılığı olarak kadına mehir öder. Kadın ikincisi ile birleşmesi nedeniyle bekleyeceği iddet bitmeden ilk kocası ona yaklaşamaz." İbrahim en-Nehaî (rh.a.) de bu görüşü kabul eder ve şöyle derdi: "Ali (r.a.)'nin görüşü Ömer (r.a.)'in görüşünden daha çok

---

[45] Ahmed b. Hanbel, Müsned, III/156; Buhârî, İtikâf 11; Müslim, Selâm 23; İbn Mâce, Sıyâm 65; Ebû Dâvûd, Sıyâm 78, Sünnet 18; Tirmizî, Radâ' 17.

[46] Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, II/243; Buhârî, Teheccüd 12; Müslim, Salâtü'l-müsâfirîn 207; İbn Mâce, İkâmetü's-salât 174; Ebû Dâvûd, Salât 307.

hoşuma gitmektedir." Biz Hanefiler de bu görüşü esas almaktayız. Çünkü ilk koca sağ olarak dönünce kadının evli iken başkası ile evlendiği ortaya çıkmış olur. Halbuki evli olan kadın, evlenilmesi helâl olan kişilerden değildir. Aksine bu kadın kocası dışındakiler açısından evlenilmesi haram olan birisidir. Nitekim Allahu Teâlâ şöyle buyurmuştur:

﴿ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ ﴾

"evli kadınlar da (size haram kılındı)." (en-Nisâ, 4/24) Bu durumda kadını ikinci erkeğe bırakmak nasıl doğru olabilir?

Kadının ilk kocası mehri geri almayı tercih ettiğinde, şayet kadın ile ikinci erkek arasındaki nikah geçerli ise; mehir kadınla birleşmenin bir bedeli iken ve kadının mülkü iken, bu mehri ilk kocaya vermek nasıl doğru olabilir? Şu durumda mehir kocanın değil, kadının hakkıdır. Nitekim şüphe ile birleşilen nikahlı kadında da durum böyledir. İşte bunlardan anlıyoruz ki doğru olan kadının ilk erkeğin karısı olmasıdır. Ancak bu kadın, şüphe ile birleşilen nikahlı kadının durumunda olduğu gibi, başka bir erkekten dolayı iddet beklediğinden, kocası kendisi ile ilişkide bulunamaz.

Abdurrahman b. Ebi Leyla (rh.a.)'dan anıldığına göre; Ömer (r.a.) üç meselede kendi görüşünü bırakarak Ali (r.a.)'nin görüşünü kabul etmiştir. Bunlar şu hükümlerdir; Ebû Kenef'in hanımı ile ilgili verdiği hüküm, kocası kaybolan kadın ile ilgili hüküm ve iddet içerisinde evlenen kadınla ilgili verdiği hüküm. Kaybolan kişinin karısı ile iddet bekleyen kadın hakkındaki hükmü açıkladık. Ebû Kenef'in hadisine gelince; İbrahim en-Nehaî'nin rivâyet ettiğine göre Ebû Kenef karısını boşadı. Bunu ona bildirdi. Sonra da iddet bitmeden hanımına döndü. Fakat döndüğünü ona bildirmedi. Geldiğinde bir de gördü ki hanımı başkası ile evlenmiş. Ömer (r.a.)'e gelerek olayı ona anlattı. Ömer de ona "Eğer evlendiği kişi onunla zifaf yapmamışsa sen o kadın üzerinde daha çok hak sahibisin, eğer zifaf yapmışsa, ona karşı elinden birşey gelmez" dedi. Adam kadının yanına geldi. Karısı saçlarını başının üzerinde toplamıştı. Ebû Kenef, karısının yanındakilere "Benim ona ihtiyacım var. Onu bana bırakın" dedi. Daha sonra onunla birleşerek, gece onun yanında kaldı. Ertesi gün Emir'e Ömer (r.a.)'in mektubunu götürdü. Onlar anladılar ki Ebû Kenef doğru/açık bir iş yapmış. Önceleri Ömer (r.a.) belirttiğimiz gibi şu görüşe sahip idi. "Koca, karısına döner de bunu ona bildirmezse, kadın bunu öğreninceye kadar dönüş hükmü onun hakkında sabit olmaz. Bu nedenle kadın iddet beklese ve daha sonra evlenip de ikinci kocası kendisi ile zifaf yapsa, kadından zararı def etme nedeniyle ilk kocaya herhangi bir hak tanınmaz." Ömer (r.a.) daha sonra bunu bırakarak Ali (r.a.)'nin görüşünü benimsemiştir. Buna göre: "Kadın öğrenmese bile kocanın dönüşü geçerlidir. İkinci erkek kadınla zifaf yapmış olsun veya olmasın kadın ilk erkeğin karısı olmaya devam eder." Çünkü koca **[11/38]**

boşanmayı kendi başına gerçekleştirebildiği gibi döünüşü de bu şekilde gerçekleştirebilir. Kadın bilmediği durumda kocanın boşaması nasıl geçerli olursa, aynı şekilde kadın bilmediği durumda kocanın dönüşü de geçerli olur. Nitekim Allahu Teâlâ şöyle buyurmuştur:

﴿ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَٰلِكَ ﴾

"(kocaları) bu durumda boşadıkları kadınları geri almaya daha fazla hak sahibidirler." (el-Bakara, 2/228) Koca ancak kendi başına dönüşü gerçekleştirebildiğinde karısını geri almaya daha fazla hak sahibi olmuş olur. Dönüşü âyette belirtildiği gibi kocanın karısını nikahında tutması demektir. Nitekim Allahu Teâlâ;

﴿ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ ﴾

"...ya iyilikle tutmak..." buyurmuştur. (el-Bakara, 2/229) Mülkün sahibi, başkasının bilmesine ihtiyaç olmaksızın tek başına kendi mülkünü elinde tutabilir.

Kayıp kişinin mallarının durumu

Bir kişi kayıp olur da mirasçıları durumu hâkime götürür ve onun kayıp olduğunu ikrar ederek onun malının taksim edilmesini isterlerse, kaybolan kişinin öldüğüne dair tanıklar ortaya çıkıncaya kadar hâkim onun mallarını taksim etmez.

Çünkü daha önce belirttiğimiz gibi kayıp kişi kendisi bakımından sağdır. Hayatta olan bir kişinin malları ise onun mirasçıları arasında taksim edilmez. Onun ölümü hâkim huzurunda tanıklar ile sabit olmadıkça hâkim onun malını taksim etmekle uğraşmaz.

Eğer "Gaip (kayıp) aleyhine hüküm verme konusunda tanıklık nasıl kabul edilebilir?" diye sorulursa, buna şu şekilde cevap veririz: "Malı elinde bulunduran kişi kayıp adına diğerlerine hasım olmuş olur. Yahut da hâkim bu velâyet(malların denetimi) konusunda mefkud için bir kayyim atar. Hâkimin belirlediği kayyim aleyhine tanık ortaya çıktığında, mefkud'un öldüğüne hükmedilir.

Eğer "Mefkuddan hiçbir haber alınamaması nedeniyle, hâkim öldüğüne dair tanıklar ortaya çıkmasa bile mefkudun hükmen öldüğüne hükmederek, harp ülkesine katılan mürtedin durumunda olduğu gibi, malını taksim etmesi gerekirdi" denilirse, buna şu şekilde cevap veririz: Mürted (İslâmdan dönen) meselesinde onun ölümüne hükmetmenin delili ortaya çıkmıştır. Ki bu delil de şudur; mürted harbî olmuştur. Harp ülkesinin halkından olan bir kişi İslam ülkesinde bulunanlar açısından ölü gibi kabul edilir. Halbuki mefkud'un ne gerçekten ne de hükmen öldüğüne hükmetmeyi gerektirecek bir delil ortaya çıkmamıştır. Hem de İslam devletinin başkanı mürtedi yakaladığında onu öldürmek suretiyle gerçekten ölmüş duruma getirir. Eğer mürtedi harp ülkesine kaçtığı için öldüremezse, hükmen

ölmüş kabul eder. Malını taksim eder. Halbuki mefkud hakkında böyle bir şey söz konusu olmaz.

"Mefkûd, bir yolculuğa çıkan ve ölüp ölmediği ve bulunduğu yer bilinmeyen kimsedir. Düşman onu esir almamıştır. Ne öldüğü ne de öldürüldüğü kesin olarak belli değildir."

İşte bu, öldüğüne ya da öldürüldüğüne dair bir tanık ortaya çıkıncaya kadar hâkimin hakkında herhangi bir hüküm veremediği mefkuddur.

Mefkud'un mirasçılarından zengin olanlar arasında onun karısı dışındakiler, mefkudun malından nafakayı hak etmezler.

Çünkü onun daha önceden hayatta olduğu kesin olarak bilinmektedir. Eş dışında, sağ olan bir kişinin malında zenginlerden hiç kimse nafaka hakkına sahip olamaz. Çünkü eş nikah akdi nedeniyle nafakaya hak kazanmıştır. Kadının bu nafaka hakkı; kocanın zengin ya da fakir oluşuna göre veya kadının kocanın hakkı nedeniyle kendisini ona bağlamış olmasına göre değişmez. Bu durum mefkud hakkında da söz konusudur. Eş dışındakilerin nafakaya hak kazanmaları ise ihtiyaç sahibi olmaları itibarıyladır. Nafakaya hak kazanan kişinin zengin olması durumunda ise ihtiyaç ortadan kalkar.

Kayıp kişinin malvarlığı için kayyim belirlenmesi, yakınlarının giderlerinin karşılanması

Mefkud'un bir geliri varsa hâkim bunu koruyacak bir kişiyi belirler. Çünkü hâkim, kendisini korumaktan aciz olan herkesi gözetip koruyan bir kişidir. Mefkud da kendisini korumaktan aciz olduğu için hâkim onun gelirlerini onun adına toplayıp koruyacak birisini belirler.

Hâkim, mefkudun bozulmasından korkulan mallarını satar. Çünkü bu malların bizzat kendilerini korumak imkansızdır. Bu durumda koruma bunların kendilerinden değerlerine geçer. Bu da satmakla olur.

[11/39]

Hâkim örfe göre mefkud'un karısına, küçük çocuklarına, büyük kız çocuklarına, büyük yatalak erkek çocuklarına, mefkudun malından nafakalarını verir.

Hâkim belirtilen kişilerin nafakayı hak etme nedenlerini bildiğinde hüküm böyledir. Çünkü kayıp kimse hazır olsaydı hâkim bu kişiler için, kendi bilgisine dayanarak nafakaya hükmederdi. O kişi kayıp olduğunda da bu bilgisine dayanarak onlar lehine mefkudun malından nafakaya hükmeder. Hâkimin bu hükmünün gerçekte kayıp kişi aleyhine verilmiş bir hüküm olmadığı söylenmiştir. Aksine bu, hak sahibinin hakkını almasına imkan vermektir. Hak sahipleri kendi imkanları ile haklarını alabilirlerse alırlar (alamadıkları durumda da) hâkim kendilerine yardımcı olur.

Bu konuda delil, Peygamber (s.a.v.)'in Ebû Süfyan'ın karısı Hind'e söylediği şu sözdür:

خذي من مال أبي سُفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف

"Ebû Süfyan'ın malından örfe göre sana ve çocuğuna yetecek kadarını al."[47]

Şöyle de söylenmiştir: "Bu, kayıp kişi aleyhine hüküm vermektir. Hâkim, kendi bilgisine dayanarak kayıp kişi aleyhine hüküm verebilir. Bu şuna benzer: Bir kimse hâkim önünde hak ikrarında bulunup sonra kayıp olsa hâkim onun aleyhine hüküm verebilir. Sonra hâkimin verdiği bu hüküm aslında kayıp kişiyi gözetme anlamına gelir. Çünkü nikah mülkiyeti onun karısı üzerindeki hakkıdır. Bu hak nafaka olmadan devam edemez. Bu nedenle hâkim, kayıp kişinin mülkünü korumak maksadıyla karısına onun malından nafaka verir. Aynı şekilde kayıp kişinin çocuğu kendisinden bir parçadır. Onun neslini korumak maksadıyla malından çocuğuna nafaka verir. Hâkimin; koruma ve gözetme ile ilgili durumlarda kayıp kişinin malları üzerinde tasarrufta bulunma yetkisi vardır."

Hâkimin nafaka alacaklılarından kefil istemesi

Hâkimin, nafaka verdiği kişilerden bir kefil getirmelerini istemek suretiyle işi sağlam tutması güzel olur. Onlardan kefil istemese de olur. Ancak ihtiyata uygun olan kefil almaktır. Çünkü kişi kaybolmadan önce karısını boşamış olabilir veya onun belirli bir süre zarfında alacağı nafakasını peşin ödemiş olabilir. Bu nedenle kaybolan kişinin korunup gözetilmesi, kefil istemek suretiyle işi sağlam tutarak yapılır.

Bu, bütün larımızın ortak görüşüdür. Çünkü bu, mefkud (kaybolan) lehine olan bir kefilliktir. Bilinen bir şeydir. Ancak herhangi bir davacı istekte bulunmadığı zaman hâkimin kefil istemesi gerekli değildir. Burada da bunu isteyen herhangi bir davacı yoktur. Bu nedenle kefil istememesi de caiz olur.

Hâkim, kendileriyle evlenilmesi haram olacak derecede yakın olan akrabalardan belirttiğimiz kişiler dışında hiçbirisine nafaka vermez.

Çünkü onlar lehine kayıp kimse aleyhine nafakanın gerekli olması ancak hâkimin hükmü ile olabilir. Halbuki hâkimin kayıp kimse aleyhine hüküm verme yetkisi yoktur. Diğer taraftan hâkimin yetkisi, kayıp kimseyi koruyup kollamaya ilişkin bir yetkidir. Evlenilmesi haram olan akrabalara nafaka vermekte kaybolanın korunması yoktur.

Hâkim; ne nafakayı ödemek ne de başka bir nedenle kayıp kimsenin (mefkudun) mallarından bozulmasından korkulmayan herhangi bir şeyi satamaz.

Çünkü hâkimin satma yetkisi kayıp kişiyi kollamak içindir. Korunması mümkün olan malın kendisini korumak kayıp olan kimseyi kollamaktır. Bu nedenle bu mallardan hiçbir şey satamaz. Hâkim, belirttiğimiz (nafakayı hak eden)

---

[47] Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, VI/39; Buhârî, Buyû' 95; Müslim, Akdiye 7; Ebû Dâvûd, Buyû' 79; Nesâî, Âdâbü'l-kuzât 31; İbn Mâce, Ticârât 65; İbn Hibbân, *Sahih*, X/68; Zeyleî, *Nasbu'r-râye*, III/275.

kimselerin haklarını almaları konusunda onlar için bir yardımcıdır. Onlar, kendi hakları olan şeyin cinsini elde ettiklerinde onu alma hakkına sahip olurlar. Nafaka sahipleri ticaret malı veya diğer malları satamazlar. Aynı şekilde hâkim de bunlardan herhangi bir malı satamaz.

Kaybolan kimsenin bir evden başka malı olmasa ve karısı ile çocukları da nafakaya muhtaç olsalar, hâkim onlar için evi satmaz. Aynı şekilde kaybolanın hizmetçi kölesini de satmaz.

Çünkü bu mallar bozulmasından korkulmayan mallardandır. Bunların satılması yalnızca kaybolanı koruyup kollamak için olmamış olur. Bundan dolayı da hâkim satamaz. Ancak bozulmasından korkulan mallar böyle değildir.

Bu sorun vasî'nin; büyük kayıp mirasçı hakkındaki tasarrufundan farklıdır. Çünkü vasî ticaret mallarını satabilir. Çünkü onun, vasîyet eden kişinin hakkına ilişkin konularda sabit bir yetkisi bulunmaktadır. Ticaret mallarını satmada da vasîyet edenin hakkı vardır. Malın bedelini mirasçılara ulaştırmak üzere korumak, malın kendisini korumaktan daha kolay olabilir. Burada ise hâkimin kaybolan kimse üzerinde ancak koruma yetkisi vardır. Mülkünün kendisini korumak imkan dahilinde ise bu, kaybolan için daha yararlı olur. Bu nedenle de hâkim, kaybolanın ticaret mallarından hiçbir şeyi satamaz. [11/40]

Ebû Hanîfe (rh.a.) şöyle demiştir: "Eğer kayıp kimsenin ihtiyaç sahibi bir babası varsa, babası onun ticaret mallarından bir bölümünü satıp kendisi için harcayabilir. Ancak akarı satamaz." Bu, istihsana göre verilmiş bir hükümdür. Kıyasa göre ticaret mallarını satabilir. Bu, Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.)'in görüşüdür. Kerhî'nin belirttiğine göre Muhammed "el-Emâlî" adlı eserde Ebû Hanîfe (rh.a.)'nin görüşünü naklederek "bu güzel bir görüştür" demiştir.

Kıyasın açıklaması şudur; Babanın, büyük çocuğunun malları üzerinde bir velâyeti yoktur. Satışın geçerli olması ise velâyete dayanmaktadır. Görmez misin, baba bu nedenle çocuğunun akarını satamaz. Çocuk hazır olduğu durumda ticaret mallarını satamaz. Babanın velâyet yetkisi açısından hazır olan çocuk ile kayıp olan aynıdır. Görmez misin, babanın kendisinden çocuk sahibi olmak suretiyle çocuğunun cariyesini kendine mal etme hakkı sabit olunca bu hak; çocuğun hazır veya kayıp olmasına göre fark etmemektedir.

İstihsanın açıklaması ise şudur; Babanın velâyeti çocuğun buluğa ermesiyle her ne kadar ortadan kalksa bile onun izi devam etmektedir. Bu nedenle baba ihtiyacı nedeniyle çocuğunun cariyesini ümmü veled yapabilir. Baba kendi yaşamını sürdürebilmek için nafakaya, neslini devam ettirebilmek için de oğlunun cariyesini ümmü veled yapmaya ihtiyaç duymaktadır. Bu nedenle baba değeri ödemekle çocuğunun cariyesine malik olur. Burada ise ödemeksizin kendisi için çocuğunun malından harcar. Babanın velâyetinin etkisinin devam ettiği anlaşılınca, onun durumu; büyük, kayıp mirasçı hakkında vasînin durumu gibidir. Vasî, akarı değil

ticaret mallarını satabilir. Çünkü ticaret mallarının satılması malın korunması yollarındandır. Akarın satılması ise böyle değildir. Çünkü akarlar kendiliğinden korunma altındadır. Bu nedenledir ki kişinin hazır olması durumunda satılamaz. Çünkü bu durumda akarların satılması malın korunması anlamına gelmez. Çünkü çocuk kendi malını korur. Nitekim vasî; büyük ve hazır olan çocuğun ticaret mallarını satamaz. Çocuğun büluğa ermesiyle babanın velâyeti sona ermekle birlikte, bu velâyetin etkisinin devam etmesi uzak görülemez. Bu şuna benzer; kişi ölse ve (ölümünden önce) bir kişiyi vasî belirlese, ölümle birlikte kişinin velâyeti sona ermekle birlikte bu velâyetin etkisi vasînin varlığının devam etmesiyle devam eder.

Hâkimin kayıp kimsenin mallarını satarak nafaka alacaklılarına haklarını vermesi

Kayıp kimsenin dinar, dirhem veya külçe durumunda altın veya gümüşü varsa hâkim nafaka alacaklılarına bunlardan nafakalarını öder. Aynı şekilde hâkim kayıp kimsenin bozulmasından korkulan gelir ve eşyalarını da satarak bunun parasından nafakalarını öder. Mefkud'un karısı ve çocuğu satarsa bu satış batıl olur.

Çünkü satış, koruma yollarındandır. Nafaka alacağını tahsil etmekle ilgisi yoktur. Kayıp kimsenin karısı ile çocuğunun malı koruma değil nafakalarını ele geçirme hakları vardır. Hâkim ise kaybolanın malını koruma hakkına sahiptir. Bozulmasından korkulan şeyleri satmak da korumadır. Satıştan sonra bedel, nafaka alacaklılarının hakları cinsinden olur. Bu nedenle hâkim onlara bu bedelden nafakalarını öder.

Kayıp kimsenin başkası yanında bıraktığı vedia (emanet) da böyledir.

Ebû Hanîfe, Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.)'e göre; emanet bırakılan kişi elindeki emanetin kayıp kimseye ait olduğunu ve kadının da kaybolanın karısı olduğunu ikrar ediyorsa veya hâkim bunu biliyorsa hâkim nafaka alacaklılarına bu emanet maldan alacaklarını öder.

Züfer (rh.a) ise hâkimin bu vediadan onlara nafaka veremeyeceğini söylemiştir. Çünkü emanet bırakılan kişinin ikrarı, kayıp kişi aleyhine bir delil olmaz. Emanet bırakılan kişi kayıp kişi adına davacı/davalı (hasım) olamaz. Kayıp kişinin hazır bir davacısı bulunmadıkça aleyhine hüküm verilemez.

[11/41] Ebû Hanîfe, Ebû Yusuf ve Muhammed ise şöyle demektedir: Vedia bırakılan kişi, elindeki malın kayıp kişinin mülkü olduğunu, kaybolanın karısının ve çocuğunun da bu mallarda infak hakkı bulunduğunu ikrar etmektedir. Kişinin kendi elinde bulunan şeyde ikrarı muteberdir. Bu nedenle emanet alan, malı elinde bulundurması itibarıyla kayıp kişi adına davalı olur. Hüküm ondan kaybolana geçer.

Aynı şekilde kayıp kimsenin bir kimsede alacağı bulunsa, borçlu borcunu ikrar ediyorsa, bu alacak emanet hükmünde olur.

Kayıp kişinin alacağı konusundaki söz daha açıktır. Çünkü borçlunun ikrarı kendi mülküne ulaşır. Zimmet borçları kendileri ile değil, emsalleri ile ödenirler. Her iki durumla (emanet ve borç ile) ilgili belirtilen hüküm, kişi (kendisine emanet bırakılan veya borçlu), nesebi (nafakayı iseteyen kişinin kaybolanın karısı veya oğlu olduğunu) ve malı ikrar ettiğinde, istihsana dayanarak verilen bir hükümdür. Eğer bunlardan birisini inkar ederse nafaka isteyen kişinin onun aleyhine getirdiği tanıklar dinlenmez. Çünkü bu kişi malı inkar ettiğinde, nafaka isteyen kişi, o malda kendisi için mülkiyeti isbat edemez. Ancak kaybolanın hakkı olduğunu isbat edebilir. Bu sabit olunca hüküm gerekir. Bu kişi (emanet bırakılan veya borçlu) ise kayıp kimse adına bir davacı/davalı (hasım) değildir. Eğer kişi nafakayı isteyenin, kaybolanın karısı olduğunu inkar ediyorsa, tanıklar ile yalnızca onun kaybolanın karısı olduğu isbat edilmiş olur. Halbuki emanet bırakılan kişi ve borçlu kişi, kendisi üzerine nikahın isbat edilmesi hususunda kayıp kimse adına davacı/davalı olamazlar.

Nafaka isteyen kadının, kaybolanın karısı olduğu ve malın da onun malı olduğu hâkim tarafından biliniyorsa, hâkimin bu bilgisi emanet bırakılan ve borçlu kişinin ikrarından daha kuvvetli olur.

Hâkimin hükmü olmaksızın kayıp kimsenin yakınlarına borcu ödemek

Hâkimin emri olmadan kayıp kimseye borçlu olan kişi borcunu kayıp kişinin karısı ve oğluna verse, ödemeden kurtulamaz. Aynı şekilde kendisine emanet bırakılan kişi onlara emanet malı hâkimin emri olmaksızın verse öder.

Çünkü o, başkasının malını izni olmaksızın bir başkasına vermiştir. Hâkimin emri ile verirse durum farklı olur. Çünkü kayıp kimsenin mülkünü koruma ile ilgili hususlarda hâkimin kaybolan hakkındaki emirleri muteberdir. Biz kayıp kişinin karısı ve çocuklarına nafaka vermenin, onun mülkünü ve mülkü üzerindeki hakkını korumak anlamına geldiğini açıklamıştık. Bu nedenle hâkimin bu konudaki emri, kayıp kimsenin emri gibi olur.

Kayıp kimse için vekil belirlenmesi

Kayıp kimsenin karısı ve çocuğu hâkimden, kayıp kişinin insanlardan alacağını tahsil eden, gelirlerini toplayan, kölelerini ücret karşılığı çalıştıran bir vekil atamasını isterlerse hâkim hem hazır hem kayıp olanları koruyup kollamak için bu isteği yerine getirmelidir.

Bu, kayıp olan kişi açısından mallarını korumak ve toplamak suretiyle, var olan kişiler açısından da hakkı olan nafakayı elde etmek suretiyle bir gözetme kollama olur.

Vekil; kayıp kişinin alacaklarını isteme, teslim alma, kendisi ile arasında akit yapan kişilerden bir hakkı inkar edene dâva açma hakkına sahiptir.

Çünkü vekilin yaptığı akit nedeniyle gerekli olan bir şeyi teslim alma konusunda o en fazla hak sahibidir. Görmez misin, mefkud ortaya çıksa bile bunu teslim alma hakkı, teslim alma nedeni olan akdi bizzat yapan vekile ait olurdu.

Kayıp kişinin bizzat yaptığı bir şey nedeniyle olan her türlü alacak, akardaki pay, bir kişinin elindeki ticaret malı veya herhangi bir hak konusunda vekil, bunları inkar eden kişiye karşı davacı/davalı olamaz.

Çünkü vekil kayıp kişi adına bir davacı/davalı değildir. O yalnızca onun mallarının koruyucusudur. Koruma, elinin ulaştığı şey üzerinde gerçekleşir. Fakat hiçbir şekilde elinde olmayan şey konusunda dâva açmak, tanık getirmek malı koruma anlamında değildir. Bu durumda vekil, herhangi bir yabancı gibidir.

Ancak hâkim onu bu işe atamışsa ve onunla istişare yapmış ve onun açtığı dâvayı yürürlüğe koymuşsa bu durumda onun dâvası geçerli olur.

Çünkü bu,yani kayıp kişi aleyhine tanıklar ile hüküm verme, hâkimlerin ihtilaf ettiği konulardandır. Bu konu âlimler (rh.a.) arasında ihtilaflıdır. Bu nedenle hâkimin hükmü işlerlik kazanır.

Aynı şekilde kayıp kişinin alacaklı olduğu bir kişi ölürse ve vasîyetinde ona olan borcunu ikrar ederse, onun malından kayıp kimsenin alacağı ayrılarak vekile verilir.

[11/42]

Çünkü bu korumadır. Eğer borçlu kişi bu borcun ödenmesini vasîyet etmemişse ve başkasına da borcu varsa; kayıp kişinin mirasçıları ve vekili bu konuda dâvada bulunamazlar. Ancak hâkim bunu uygun görür de buna göre hüküm verirse o zaman verdiği hüküm, hakkında ihtilaf edilen bir konuda olduğu için geçerli olur.

"Ictihada açık olan şey hükmün kendisidir. Buna göre, nasıl ki hâkime zina iftirası suçundan dolayı had uygulanınca, onun verdiği hükmü başka bir hâkimin geçerli kılması gerekli olursa, burada da hükmün yürürlük kazanması bir başka hâkimin onu geçerli kılmasına bağlı olur" denilirse, buna şu şekilde cevap veririz: Böyle değildir. Aksine burada ictihada açık olan şey hükmün kendisi değil, nedenidir. O da "tanıklar, hazır bir hasım olmadan delil oluşturur mu oluşturmaz mı?" meselesidir. Hâkim bunu bir delil olarak görür de buna göre hüküm verirse, zina iftirası suçundan dolayı had uygulanmış kişinin tanıklığına dayanarak hüküm vermesi durumunda olduğu gibi, burada da hükmü işlerlik kazanır.

Kayıp kişi aleyhine açılan dava

Bir kimse; alacak, emanet, akarda veya kölede ortaklık, boşama, özgür kılma, nikah, kusur nedeniyle malı geri verme, hak ettiği şeyi talep etme vb. konularla ilgili olarak kayıp kişi üzerinde bir hak iddia ederse onun iddiası dikkate alınmaz. Getireceği tanıkların tanıklığı kabul edilmez. Kayıp kimsenin vekili veya mirasçılarından herhangi birisi onun için mahkemede taraf olamaz.

Çünkü vekil yalnızca kayıp kişinin mallarını korumak için atanmıştır. Mirasçılar ise kayıp kişinin ölümünden sonra onun yerini alırlar. Halbuki onun ölümü kesin olarak ortaya çıkmamıştır. Hâkim bu durumda tanıkları dinlemeyi uygun görür de onların tanıklığına göre hüküm verirse, daha önce açıkladığımız gibi o kendi ictihadıyla ihtilaflı bir hususu geçerli saydığı için verdiği hüküm geçerli olur.

Kayıp kimse sağ olarak döndüğü zaman hâkimin harcadığı veya kayıp kimseye vekil atanan kişinin hâkimin emri ile kayıp kişinin malından, gelirinden ve alacaklarından onun karısına ve çocuklarına harcadığı herhangi bir şeyi geri alamaz.

Çünkü hâkimin kayıp kişinin mallarından nafaka verme yetkisi sabit olunca, onun fiili bizzat kayıp kimsenin kendi fiili gibi olur.

Aynı şekilde kayıp kimsenin karısı ve çocuklarının onun altın, gümüş gibi mallarından ihtiyaç anında kendileri için harcadıkları şeyler de böyledir.

Çünkü daha önce açıkladığımız gibi, nafaka alacaklıları kayıp kişinin malında kendi haklarının cinsinden bir şey elde ettiklerinde, ihtiyaç anında örfe göre ondan alabilirler. Bu aldıklarından hiçbir şeyi ödemezler.

Nafaka alacaklıları kayıp kimsenin malında bulunan yemeği yediklerinde de durum böyledir.

Çünkü yemek onların hakkı olan şeyin cinsindendir.

Kayıp kişinin malları arasında elbiseler bulunur da onları giyerse herhangi bir şeyi ödemeleri gerekmez.

Çünkü elbise de onların hakkı olan nafaka cinsindendir.

Bunun dışındaki ticaret mallarından herhangi bir şeyi satarlarsa onu öderler.

Görmez misin, hâkim onların nafakasını ödemek için bu mallardan herhangi bir şeyi satamaz. Aynı şekilde onlar da satamazlar.

Kayıp kişinin mallarından bozulmasından korkulmayan şeyleri hâkimin satamamasının nedeni şudur; bunları nafakayı ödemek maksadıyla satmak kayıp kişinin kısıtlanması anlamına gelir. Ebû Hanîfe (rh.a.) kayıp kişinin kısıtlanmasını kabul etmemektedir. Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.) ise her ne kadar üzerinde bir hak bulunan kişinin kısıtlanmasını kabul etseler de bu, o kişinin karşı tarafı zorda bırakma kastı ve borcunu ödemekten kaçınması durumunda olur. Bu görüş üzere Muhammed (rh.a.) şunları söylemektedir "Hâkim, kayıp kimsenin borcunu onun malından ödeyemez. Aynı şekilde karısının mehrini, kaybolmadan önce birikmiş nafakalarını da ödeyemez. Çünkü bu, kayıp kimsenin mallarını korumakla ilgili bir tasarruf olmaz. Aksine bunda bir çeşit kayıp kişiyi kısıtlama vardır.

Muhammed (rh.a.) "*el-Asl*"da; "kayıp kimsenin hiçbir malı olmaz da karısı hâkimden kendisi için nafaka belirlemesini isterse hâkimin bu isteği yerine getirip getirmeyeceği" konusunda herhangi bir şey söylememiştir. Ebû Hanîfe (rh.a.) önceleri şöyle demekteydi: "Hâkim kadının bu isteğini yerine getirir." Bu İbrahim en-Nehaî (rh.a.)'nin de görüşüdür. Ebû Hanîfe (rh.a.) daha sonra bu görüşü terk ederek Şüreyh'in görüşünü benimsemiş ve şöyle demiştir: "Hâkim kadının bu isteğini yerine getirmez." Ebû Hanîfe'nin ilk görüşünün delili daha önce rivâyet ettiğimiz Hind hadisidir. Sonraki görüşünün delili ise şudur; Eşin nafakası, hâkimin hükmü olmadıkça kocanın zimmetinde borç olmaz. Hâkimin, adına hiçbir hasım (davacı) olmadığı durumda kayıp olan kişi aleyhine hüküm vererek, onu herhangi bir şeyle yükümlü kılması mümkün değildir. Bu, hâkim karı koca arasındaki nikahı bildiği durumda böyle olur.

[11/43]

Kayıp kişinin karısının nikahının tanıklarla ispatı

Bir kadın kayıp olan bir kişi ile evli olduğunu, tanıklarla ispat etmek isterse Ebû Hanîfe, Ebû Yusuf, Muhammed (rh.a.)'e göre hâkim tanıkları dinlemez.

Çünkü tanık, ancak meseleyi inkar eden taraf aleyhine getirilir. Kayıp kişinin kendisi veya onun adına dâvada bulunacak birisi gelmediği sürece hâkim kadının nikah konusundaki tanıklarını dinlemez. Züfer (rh.a.)'e göre kadının tanıkları dinlenir. Bu durumda hâkim kadına borç alarak kendisi için harcamada bulunmasını emreder. Koca döndüğünde hâkim kadını tanıklarını yeniden getirmekle yükümlü kılar. Kadın tanıklarını yeniden getirirse hâkim geçen süre zarfında kadının yaptığı harcamaların bedelini kocanın ödemesine hükmeder. Kadın, koca üzerine tanıklarını getirerek tanıklığı tekrarlamazsa hâkim koca aleyhine herhangi bir hüküm vermez. Züfer (rh.a.)'in bu görüşü hem hazır hem de kayıp olan kişi hakkında bir çeşit ihtiyattır.

Kayıp kişinin kirada olan malları

Kaybolan kişi kayıp olmadan önce herhangi bir şeyini kiraya verse, kaybolmasından sonra kira sözleşmesi bozulmaz. Çünkü kaybolan kimse daha önce var olan şeyi devam ettirme konusunda sağ gibidir. Kiracı kayıp kimsenin karısı veya çocuğuna ücreti vermekle ücretten kurtulmaz. Ancak diğer borçlarda olduğu gibi hâkim bunu emrederse, bu takdirde kurtulur.

Kişinin bir savaşta kaybolması

Bir kişi Sıffîn veya Cemel vak'asında kayıp olsa sonra onun mirasçıları bugün dâvada bulunsalar, o kişi ölmüş kabul edilir. Görmezmisin o zamanı idrak eden hiçbir kişi hayatta değildir. Kayıp kişinin yaşı bu zamana ulaştığında o da ölü kabul edilir. Malı mirasçıları arasında taksim edilir.

Cemel; Ali ile Ayşe, Talha ve Züber (r.a.) arasında Basra'da olan savaştır. Sıffîn ise Ali ile Muaviye (r.a.) ve Şamlılar arasında olan savaştır. Bu olayın vukuundan bu kitabın (Muhammed (rh.a.)'in *el-Asl* kitabının) yazılışına kadar yüz yirmi yıldan fazla geçmiştir. O devirde kaybolan kişi kaybolduğunda yirmi veya daha fazla yaşında

olmalıdır. Çünkü o kişi savaş yapmak üzere evinden çıkmıştır. Hiç şüphesiz bir kişi görünüşe göre bu kadar uzun süre hayatta kalamaz.

Eğer o kaybolan kimsenin Halid b. Abdullah zamanında ölen bir oğlu bulunsa ve bu oğul öldüğünde, geride ana bir kardeşi bulunsa kaybolan kişinin de asabesi (erkek akrabaları) bulunsa bu durumda oğlu öldüğü zaman kaybolan kişinin yaşına bakılır. Eğer kaybolan kimse benzeri kişiler bu vakte kadar yaşıyorsa, görünüşe ve istishâb-ı hâl[48] deliline göre hayatta kabul edildiği için oğul ve baba birbirine mirasçı olamaz.

Çünkü mirasçı olabilmek için, miras bırakanın ölümünden sonra mirasçının hayatta kalması koşuldur. Çünkü mirasçılık ölen kişinin yerini almaktır. Hayatta olan kişi ölünün yerini alır. Ölü ise ölünün yerini alamaz. Koşul olan bir şey, hükmü gerektiren bir delille sabit olmadıkça hüküm sabit olmaz. İstishâb-ı hal, bir hakkı gerekli kılan değil bir şeyi olduğu durum üzere bırakan bir delildir. Bundan dolayı kaybolan kimse, babasına mirasçı olamaz.

Kayıp kişinin mirası

Sonra, kayıp kimsenin yaşıtlarının yaşayamayacağı kadar bir süre geçtikten sonra onun mirası hayatta olan asabelerine (erkek akrabalarına) ait olur. Kayıp kişinin oğlu öldüğünde, kayıp kişinin akranlarının yaşayamayacağı kadar uzun bir süre geçmişse ölenin mirası oğluna kalır.

Çünkü burada babasının ölümünden sonra onun hayatta olduğu dinî/şer'î bir delille bilinmektedir. Kayıp kimsenin malı ona miras olarak kalınca, onun ölümünden sonra bu mal, diğer malları gibi onun oğluna miras olarak geçer.

Hayatta kalan ve miras alan oğulun ana bir kardeşi de bu mirastan altıda bir alır. Kalan ölenin asabesinindir. Bundan önce kayıp kimsenin mirasçı olabileceği kişilerden bazıları ölmüşse, kayıp kişinin mirastaki payı onun durumu belli oluncaya kadar bekletilir. Çünkü onun ölümüne hükmedilmemiştir. Ancak ana karnında olan ceninin durumunda olduğu gibi burada da bir belirsizlik vardır. Bu nedenle onun payı bekletilir. Eğer sağ olarak gelirse, bu pay onun hakkı olur. Eğer durumu belirli olmazsa bu pay mal sahiplerinin mirasçılara payları oranında dağıtılır. Nitekim cenin için bekletilen pay da, cenin ölü olarak doğunca böyle yapılır. Bunun nedeni şudur; kayıp kimsenin mirasa hak kazanma koşulu kesin olarak belirmemiştir ki miras bırakan öldüğü zaman mirasçı olan diğerleri gibi o da ölüye mirasçı olsun. [11/ 44]

Özgürlük sözleşmesi yapan kölenin kayıp olması

Özgürlük sözleşmesi yapmış olan köle kayıp olsa ve kendisinin malı ve özgürlük sözleşmesi yaptıktan sonra doğmuş çocukları olsa, durumu ortaya çıkıncaya kadar malı bekletilir.

---

[48] **İstishâb / الاستصحاب**: Geçmişte var olan bir şeyin, aksini ortaya koyan bir delil olmadıkça, şu anda da var olduğuna hükmetme ilkesi. Meselâ; on sene önce hayatta olduğunu bildiğimiz bir kimsenin vefatı hakkında herhangi bir delil bulunmadığı sürece o kişinin hayatta olduğuna hükmetmek gibi.

Çünkü sözleşme bedelinin onun malından ödenmesi, ancak ölümünden sonra yapılır. Ta ki hayatta iken özgürlüğüne kavuştuğuna hükmedilebilsin. Halbuki onun ölümü netlik kazanmamıştır. Kayıp olan sözleşmeli kölenin çocuklarının, babalarının yerini almak suretiyle özgürlük bedeli için çalışmalarını istemek de ancak babalarının kesin olarak ölmesine bağlıdır. Oysa babalarının ölümü netlik kazanmamıştır. Çünkü sözleşmeli köle gerçekten öldükten sonra geriye mal bırakmışsa, çocuğundan çalışması istenemez. Böyle iken nasıl olur da geride mal bırakarak kayıp olduğu durumda onun çocuğunun çalışması istenebilir?

Kaybolan sözleşmeli kölenin, özgürlük sözleşmesi yaptıktan sonra doğan küçük çocukları ile kızlarına ve karısına malından nafaka verilir.

Çünkü bunlar, sözleşmeli köle var olsaydı onun kazancından nafakaya hak kazanacaklardı. O kayıp olduktan sonra da, tıpkı özgür kişide olduğu gibi malından onlara harcama yapılır. Bunun nedeni şudur; kadının nafakaya hak kazanması nikah akdi nedeniyledir. Bu hususta özgür kişi ile özgürlük sözleşmesi yapan köle birbirine eşittir. Bu köle, sözleşme devam ederken doğan çocuklarının kazandıklarında başkalarından daha fazla hak sahibidir. Bu nedenle de onların nafakası kendisine gerekli olur. Çünkü sorumluluk, elde edilen yarara karşılıktır.

Kayıp olan sözleşmeli kölenin, sözleşmeli olduğu sırada doğan bir oğlu ölür de geriye mal bırakırsa onun malı bekletilir.

Çünkü bu çocuk malı kazandığında, kayıp kimse hayatta ise çocuğunun kazancı ona ait olur.

Eğer kayıp köle ölmüş ise çocuğun kazancı onun mirasçılarına ait olur.

Çünkü babasının yaptığı özgürlük sözleşmesinin bedeli çocuğun malından ödendiğinde, babasının hayatta iken özgürlüğüne kavuştuğuna hükmedilir. Mirası hak eden kişinin bilinmemesi nedeniyle mal mevkuf olarak (beklemede) kalır.

Eğer onun malı kardeşinin elinde bulunuyorsa bu malı ondan alınmaz, buna girişilmez.

Çünkü bu malın kimin olduğu bilinmemektedir. Mala hak kazanan kişi ortaya çıkmadıkça, hâkim malı elinde bulunduranın elinden almak suretiyle mala el koyamaz.

Kaybolan sözleşmeli kölenin sözleşme sırasında doğup ergenliğe varan çocukları, babalarının öldüğünü ve malının kendilerinin elinde bulunduğunu ikrar etseler, efendi de bunu ikrar etse, çocuklar sözleşme bedelini ödedikten sonra malı aralarında paylaşsalar sonra da anlaşmazlığa düşseler, birbirlerine karşı inkarda bulunsalar ve olayı mahkemeye götürseler, hâkim onların daha önce bu konuda ikrarı bulunduğu için ve karşılıklı rıza ile malı paylaştıkları için yaptıkları işlemi geçerli sayar. Diğer taraftan bundan sonra inkar eden kişi kendi sözünü

çürütmüş olur. Hâkim, kendi sözünün tersini söyleyen kişinin sözüne itibar etmez.

Aynı şekilde onlar malı paylaşmadan önce mahkemeye gitseler ve hâkimin yanında ikrarda bulunsalar, onların kayıp kişi aleyhine ikrarlarını geçerli sayarak sözleşme bedelinin ödenmesinden sonra malı mirasçılar arasında paylaştırır. Çünkü hak onlara aittir. Onların dışında değildir. Onların hakkında ikrarlarıyla sabit olan şey, tanıklarla sabit olmuş gibidir.

Mirasçılar, sözleşmeli köle olan babalarının borcu olduğunu ikrar etseler, tıpkı onun ölümünün tanıklarla sabit olması durumunda olduğu gibi sözleşme bedelinin ödenmesinden önce bu borç ödenir.

Bunun nedeni şudur; borç sözleşme bedelinden daha kuvvetlidir. Öyle ki sözleşmeli kölenin kendisi sözleşme bedelini ödeyemese özgürlük sözleşmesi düşer. Ama diğer borçları düşmez. Bir malda birden fazla hak bulunduğunda daha kuvvetli olan ile başlanır. Bu haklardan daha kuvvetli olanlar, aklın hükmü ile ve bu konudaki asılların tanıklığı ile bilinir.

[11/45]

Yakınlarının öldüğünü ikrar eden kimseler arasında mirasın taksimi

Özgür bir kişinin mirasçıları o kişinin öldüğünü ikrar ettiğinde, mal onların elinde ise hâkim önce onun malından borcunu öder. Sonra da mirası onlar arasında paylaştırır.

Çünkü bir kişinin kendi elinde bulunan bir şeyle ilgili olarak yaptığı ikrar, bu konuda kendisine karşı çıkan bir davacı ortaya çıkmadıkça dikkate alınır.

Mal mirasçılardan başkasının elinde olur da malı elinde bulunduran kişi mirasçıların sözünü doğrularsa durum yine aynıdır.

Eğer bu kişi mal sahibinin öldüğünü inkar ederse onun öldüğüne dair tanıklar ortaya çıkmadıkça o malın onun elinden alınmasına hükmedilmez.

Çünkü mirasçılar, malı elinde bulunduran kişinin elinde bulundurduğu mal üzerinde kendilerinin zilyetlik[49] hakkı bulunduğunu iddia etmektedirler. Malı elinde bulundurma hakkını ondan alma konusunda mirasçıların sözü delil oluşturmaz. Mal sahibinin öldüğüne dair tanıklar ortaya çıkmadığı sürece hâkim malı elinde bulunduran kişinin elinden almaz.

Efendi, kayıp olan sözleşmeli kölesini özgür kıldıktan sonra bu kimsenin bir oğlu özgür olarak ölse, geride özgür erkek kardeşleri kalsa, kayıp kişinin oğlundan önce öldüğü bilinmedikçe, ölenin malından hiçbir şeyin mirasçılara ait olduğuna hükmedilmez.

Çünkü kayıp köle sağ ise efendisinin kendisini özgür kılması nedeniyle özgür olmuştur. Bu durumda miras ölenin kardeşlerine değil kayıp kimseye ait olur.

---

[49] **Zilyetlik**: Fiilî tasarruf ve hakimiyet, bir malı fiilen el altında bulundurma durumu. Zilyetlik aslî ve ferî olmak üzere iki kısımdır: Bir şeyde onun gerçek sahibi sıfatı ile zilyet olmaya aslî zilyetlik denirken bir irtifak veya rehin hakkı gibi bir hakla mal üzerindeki zilyetliğe ise fer'î zilyetlik denir.

Kardeşlerin mirasçı olmasının koşulu, geride ölene mirasçı olan bir babanın bulunmamasıdır. Görünüş itibarıyla bu koşul yerine gelmemiştir. Bu nedenle babanın çocuktan önce öldüğü bilinmedikçe kardeşler lehine bir şeye hükmedilmez.

Sözleşmeli kölenin, sözleşme yaptığı kişi köle ise durum yine aynıdır.

Çünkü efendinin kayıp olan sözleşmeli kölesini özgür kılması, sözleşmeli kölenin, kayıp olan sözleşmeli kölesini özgür kılması gibidir.

Onun küçük çocuklarına bu maldan hiçbir şey nafaka olarak verilmez.

Çünkü bu malın kime ait olduğu bilinmemektedir. Şöyle ki; bu malda ölenin erkek kardeşlerinin hak sahibi olduğu sabit olmadığı gibi, kayıp olan babanın hak sahibi olduğu da sabit olmamıştır. Çünkü, kendisine miras bırakan kişinin öldüğü sırada kayıp kişinin gerçekten hayatta olduğu kesin olarak bilinmedikçe başkasına mirasçı olamaz.

Kayıp kişinin kölesinin özgür olduğunu iddia etmesi

Kayıp kişinin kölesi, kendisinin özgür kılındığını iddia etse ve buna dair tanıklar da getirse, hazır bir davalı olmadığı için bu kabul edilmez.

Kayıp kişinin çocuklarının köleyi satmasına izin verilmez. Çünkü bu tanıklıktan önce onların bu malı satma hakları yoktur. Tanıklıktan sonra ise hiç olamaz.

Muhammed (rh.a.) burada mirasçıların, efendinin ölümünü ikrar etmelerinden sonrasını kastetmiştir. Çünkü onların ikrarı bu köle aleyhine bir delil oluşturmaz. Diğer taraftan eğer kayıp kişi ölmüşse onun oğlu, kölenin özgür olduğuna dair getirdiği tanıklar konusunda babası adına davacı olabilir.

Aynı şekilde kayıp kişinin karısı, kocasının kaybolmadan önce kendisini boşadığını iddia etse veya bir kadın kayıp kişinin kaybolmadan önce kendisi ile nikah yaptığını iddia etse, kayıp kişi adına onu savunabilecek bir tarafı olmadığı için onların bu konuda getirecekleri tanıklar kabul edilmez.

Bir kişi kayıp kişi lehine bir vasîyette bulunsa, bu vasîyetin ona ait olduğuna hükmedilmez. Geçersiz de sayılmaz. Bu vasîyetten çocuklarına nafaka verilmesine de hükmedilmez.

Çünkü vasîyet mirasa benzer. Mirasta olduğu gibi vasîyette de kendisine vasîyet yapılan kişinin, vasîyeti yapanın ölümünden sonra hayatta kalması koşuldur. Biz daha önce kayıp kişinin mirastaki payının onun durumu belli oluncaya kadar bekletileceğini ve bu maldan onun çocuklarına hiçbir harcama yapılmayacağını belirtmiştik. Vasîyet de böyledir.

Bir adam ölüp de geride iki kız çocuğu, bir oğlunun oğlu, bir oğlunun kızı ve bir de kayıp oğlu bulunsa, iki kız çocuğunun elinde de mal bırakmış olsa, mirasçılar mahkemeye gitseler, ölenin bir oğlunun kayıp olduğunu

ikrar etseler, hâkimin malı bulunduğu durumdan başka bir duruma geçirmesi uygun olmaz. O maldan hiçbir şeyi kayıp kişi için bekletmez. [11/46]

Muhammed (rh.a.)'in bu ifade ile kastettiği şudur; Hâkim iki kız çocuğunun elindeki maldan hiçbir şeyi onlardan almaz. Çünkü hâkim ancak tarafın (hasmın) huzurunda, elinde bulunduranın (zilyedin) elindeki malı ondan alabilir. Burada ise taraf yoktur. Çünkü kayıp kişinin çocukları kendileri için bir hak iddiasında bulunmamaktadır. Dolayısıyla kayıp kişi adına taraf da olamazlar. Çünkü kayıp kişinin hayatta olup olmadığı bilinmediğinden, mirasçı olması da olmaması da söz konusu değildir. Bu nedenle mal onların elinden alınmaz. Ancak malın kayıp kişiye ait olduğu biliniyorsa, durum farklı olur. Çünkü onun malda bulunan mülkü itibarıyla çocuklarının malda hakkı sabit olmuştur. Onun çocukları kendisinin mülkünden nafakaya hak kazanırlar. Istishâb-ı hal delili, olanı olduğu durum üzere bırakma konusunda dikkate alınır.

Aynı şekilde iki kız çocuğu "bizim erkek kardeşimiz öldü" der ve oğulun çocuğu "o kayıptır" derse durum yine aynıdır.

Çünkü malı elinde bulunduran, oğulun çocuğunun bu malın bir kısmında hakkı olduğunu ikrar etmiştir. Onlar ise "bizim babamız kayıptır" diyerek bu ikrarı reddetmişlerdir. Bu nedenle bu ikrara itibar edilmez.

Ölen kişinin malı, ölenin kayıp olan çocuğunun elinde olsa ve iki kız çocuğu miraslarını isteseler, taraflar ölenin oğlunun kayıp olduğunda da ittifak etseler, iki kız çocuğuna malın yarısı verilir.

Çünkü biz onların malın yarısını hak ettiklerini kesin olarak bilmekteyiz. Çünkü kayıp kişi hayatta ise miras o iki kız çocuğu ile onların erkek kardeşi arasında erkeğin payı bir, kızınkinin iki katı olacak biçimde bölüşülür. Bu nedenle iki kız malın yarısını alır.

Eğer kayıp kişi ölmüş ise, iki kız malın üçte ikisini alırlar. Kalan da kayıp olan oğulun çocuğunun olur. (Kayıp kişinin sağ veya ölü olma durumları göz önüne alındığında) iki kıza daha az olan pay verilir ki bu da mirasın yarısıdır. Kalan da kayıp olan oğulun çocuğunun elinde malın o kızlara veya babalarına ait olduğuna hükmedilmeksizin bırakılır.

Çünkü bu kalan mala kimin hak sahibi olduğu bilinmemektedir.

Ölen bir kimsenin malı yabancı birisinin elinde bulunur ve ölenin iki kız çocuğu, kayıp olan erkek kardeşleri hakkında, "bizim erkek kardeşimiz babamızdan önce öldü" derse ve ölenin kayıp oğlunun çocuğu "o kayıptır" derse; malı elinde bulunduran kişi malın ölene ait olduğunu ve ölenin oğlunun da kayıp olduğunu ikrar ederse, iki kız çocuğuna alabilecekleri payın en azı olan malın yarısı verilir. Kalan da; kayıp kişinin durumunun belli olmasıyla bir davacı veya hak sahibi ortaya çıkıncaya kadar zilyedin

elinde bekletilir. Malı elinde bulunduran kişi "kayıp kişi babasından önce ölmüştür" derse malın üçte ikisini, iki kız çocuğuna vermeye zorlanır.

Çünkü malı elinde bulunduranın, elinde olan şey konusundaki ikrarı dikkate alınır. Burada elindeki malın üçte ikisinin iki kıza ait olduğunu ikrar ettiğinden, bunu onlara teslim etmeye zorlanır. Ölenin oğlunun çocuklarının "bizim babamız kayıptır" demeleri onun ikrarının geçerli olmasını engellemez. Çünkü onlar bu sözleri ile kendileri için bir şey iddia etmiş olmamaktadırlar. Malın kalan üçte biri bir davacı veya hak sahibi çıkıncaya kadar zilyedin elinde bekletilir.

Malı elinde bulunduran kişi malın ölen kişiye ait olduğunu inkar eder de iki kız babalarının öldüğüne, kendilerine ve kayıp olan erkek kardeşlerine zilyedin elindeki malı miras bıraktıklarına dair tanık getirirlerse; ölenin bunlardan başka çocukları olduğu bilinmediği durumda; kayıp hayatta ise iki kız çocuğu ile birlikte mirasçı olur. Eğer ölmüşse onun çocuğu iki kız ile birlikte mirasçı olur. İki kız çocuğuna malın yarısı verilir.

Çünkü o iki kız, bu tanıklar ile mal üzerinde babalarının mülkiyetini ispat etmektedirler. Babaları ise ölüdür. Mirasçılardan biri tanıklar ile mülkü ispat etme konusunda ölen adına davacı olabilir. Sonra o iki kıza, kesin olarak bilinen miktar, onların hak sahibi olması nedeniyle verilir. Bu miktar ise malın yarısıdır.

Kalan miktar zilyedin elinden alınarak hak sahibi ortaya çıkıncaya kadar adil bir kişiye bırakılır.

Çünkü zilyed malın başkasına ait olduğunu inkar etmiştir. Onun bu inkarı ile suçu ortaya çıkmıştır. Artık bundan sonra adil olarak tanınmış olsa bile kendisine mal emanet olarak bırakılamaz. Çünkü başkasının mülkü olduğu iddia edilen bir şeyi kendine alma durumunda, adalet niteliği devam etmez. Daha önceki mesele ise böyle değildir. Çünkü orada zilyed malın ölüye ait olduğunu ikrar etmekte idi. Bu ikrar vesilesiyle kendisinde suç unsuru söz konusu olmamıştır. Tecrübe ile güvenilir olduğu ortaya çıktığı için kalan malı onun elinde bırakmak daha öncelikli olmuştur.

Kayıp kişinin oğlu babasının tanıkların tanıklığından sonra öldüğünü iddia ederse, onun babasından önce öldüğüne dair tanıklar ortaya çıkmadıkça mirasçılara hiçbir şey verilmez.

[11/47] Çünkü mirasçılar malı elinde bulundurana karşı mal üzerinde zilyedliği hak etmeyi istemektedirler. Sırf onların sözleri bunun için yeterli olmaz. Diğer taraftan onların mala hak kazanma nedeni bilinmemektedir. Şöyle ki; onların babası dedenin ölümünden önce ölmüşse dedenin mirasının üçte birini hak ederler. Babaları dededen sonra ölmüşse, babanın mirasının yarısını hak ederler Mala hak kazanma nedeni kesin olarak belirmeden önce onlar lehine herhangi bir şeyin

hükmedilmesi caiz değildir. Bu nedenle onlar mutlak suretle babalarının, dedelerinden önce veya sonra öldüğüne dair tanık getirmek zorundadırlar.

Onlar ihtiyaç sahibi de olsalar bu maldan onlar için herhangi bir harcama yapılmaz.

Çünkü bu malın kime ait olduğu bilinmemektedir.

İhtiyaç durumunda onların nafakaları babalarının malından karşılanır. Babalarının dedenin ölümünden sonra hayatta olduğu bilinmedikçe, onun bu malda mülkiyeti sabit olmaz.

Ölen kişinin malı, iki kız çocuğunun ve kayıp olan oğlunun çocuğunun elinde bulunan bir arazi ise ve onların hepsi oğlun babasından önce öldüğünü ikrar ederlerse, buna göre de araziyi kendi aralarında paylaşsalar, sonra da oğlun kayıp olduğunu iddia etseler, hâkim daha önce yapmış oldukları paylaşımı geçerli sayar.

Çünkü bu, onların karşılıklı rızası ile gerçekleşmiştir. Onların kendi ellerinde bulunan şey hakkındaki sözleri kabul edilir. Bu nedenle yapılan paylaşım geçerli olmaya devam eder. Onların "ölenin oğlu kayıptır" sözleri kabul edilmez. Çünkü onlar bu konuda çelişkiye düşmüşlerdir. Hâkim, çelişkiye düşen bir kişinin sözüne itibar etmez.

Aynı şekilde oğlun çocuğu kayıp olur da paylaşım işleminde bulunmazsa, elinde de bu araziden hiçbir şey bulunmazsa, sonra gelerek "benim babam kayıptır" diyerek yapılan paylaşımın bozulmasını isterse bunu yapamaz.

Çünkü o bunun karşılığında kendisi için bir iddiada bulunmamaktadır. Yalnızca kayıp kişi lehine mülkiyet iddiasında bulunmaktadır. Oysa o, kayıp kişinin vekili ya da mirasçısı olmadığını ikrar etmektedir. Çünkü kayıp kişi hayattadır. Kendisi için bir iddiada bulunmayan bir kişinin sözüne dayanarak yapılan paylaşımın bozulması caiz değildir.

Ancak arazinin bir miktarı kendisinin elinde olursa, bu durumda hüküm farklı olur.

Çünkü o kendisi için bir hak iddia etmektedir. Bu hak da elinde bulunan şey üzerinde zilyedliğini devam ettirme hakkıdır.

Onun malda zilyetlik hakkı bulunduğu için, onun bulunmadığı bir durumda yapılan taksim geçerli değildir.

Kayıp kişinin çocuğunun, erginlik çağına ulaştıktan sonra mirasçıların yaptığı taksimi bozdurması

Aynı şekilde kayıp olan kişi küçük olup sonradan erginlik çağına ulaşırsa durum belirttiğimiz gibi olur.

Ölen kişinin kayıp olan oğlunun çocuğu, (erginlik çağına ulaşmasının ardından) babasının, dedesinden önce öldüğünü iddia ederse mirasçıların

önceden yaptığı paylaşımı bozdurabilir. Onların kendi aleyhlerindeki ikrarları nedeniyle hâkim araziyi onların arasında yeniden paylaştırır.

Çünkü oğlun çocuğu burada mülkiyetin bir bölümünün kendisinin olduğunu ve yapılan paylaşımın geçersiz olduğunu iddia etmektedir. Çünkü dedenin ölümünden sonra mirasçıların paylaşım konusunda karşılıklı rızaları, kayıp ve küçük hakkında geçerli olmaz. Diğerleri bu kişinin iddiasını doğrulamaktadırlar. Bu nedenle de yaptıkları paylaşım bozulur. Ancak hâkim malı hazır olanlar arasında paylaştırır da kayıp ve küçük olanların payını ayırırsa bu durumda hâkimin yaptığı paylaştırma, kayıp ve çocuğun elinde bu maldan herhangi bir şey yoksa, diğerleri hakkında geçerli olur. Çünkü hâkimin; kayıp ve küçük hakkında bir çeşit yetkisi vardır. Kayıp ve çocuk hakkındaki bu yetki mirasçılarda yoktur.

Ölen kişinin kayıp olan oğlunun kızı ölse; onun mirası erkek kardeşinin elinde bulunuyorsa bu mal ondan alınmaz. Kayıp kişi için bu maldan herhangi bir şey bekletilmez.

Çünkü onun sağ olup da mirasçı olacağı, veya ölü olup da mirasçı olamayacağı bilinmemektedir. Bu nedenle o mirasçı olmaz. Biz daha önce ancak bir taraf huzurunda zilyedin elindeki malın alınacağını söylemiştik.

[11/48] **Eğer o kızın mirası yabancı birisinin elinde bulunuyorsa, kızın erkek kardeşine bu maldan herhangi bir şey verilmez.**

Çünkü erkek kardeşin mirasçı olması için, babanın ölmüş olması koşuldur. Bu koşul delille bilinmedikçe erkek kardeşe mirastan herhangi bir şey verilmez.

Kızın mirası erkek ve kız kardeşinin elinde ise ve onlar da babanın kayıp olduğunu ikrar etmekle birlikte mirasın paylaştırılmasını istemekteyseler, miras onlar arasında taksim edilmez.

Çünkü mirasın taksim edilmesi onların mirasta haklarının sabit olmasına dayanır. Bu ise, kayıp olan babanın kızdan önce öldüğüne dair tanıklar ortaya çıkmadıkça sabit olmaz.

Kayıp kişinin karısı ölse ve mirası çocuğunun elinde olsa, bu maldan kayıp kişi için herhangi bir pay ayrılmaz.

Çünkü kadının ölümünden sonra kayıp olan kocanın hayatta olduğu bilinmemektedir. Bu maldan herhangi bir şeyi onun için bekletilmez. Çünkü zilyedin elindeki mal ancak hazır bir davacı olunca istenir.

Ölen kadının çocukları malı elinde bulundurdukları durumda, annelerinin mirasının paylaştırılmasını isterlerse kayıp olan kocanın öldüğüne dair tanıklar ortaya çıkıncaya kadar mal onlar arasında taksim edilmez. Sonra bu maldan kayıp kişinin payı kadar bir miktar ayrılarak onun karısından önce mi sonra mı öldüğü ortaya çıkıncaya kadar bekletilir. Kalan mal diğerleri arasında paylaştırılır.

Kayıp kişinin öldüğüne dair tanıklar ortaya çıkmadan, hâkim malı paylaştırmakla uğraşmaz. Çünkü bu, kayıp kişi aleyhine hüküm vermektir. Halbuki kayıp, kendisi bakımından hayatta kabul edilir. Herhangi bir davacı bulunmadan hâkimin onun aleyhinde hüküm vermesini gerektirecek haklı bir gerekçe yoktur. Ancak Kayıp kişi öldükten sonra, ölümü ortaya çıktığı için hâkim onun aleyhine hüküm vermeyi gerektirecek bir yetkiye sahip olur. Bu nedenle hâkim paylaştırma sırasında onun payını ayırır. Miras bırakan kadından önce ya da sonra öldüğü ortaya çıkmakla, bu payı hak eden birisi çıkıncaya kadar bekletir.

Eğer mal başkasının elinde bulunuyorsa malın dörtte üçünün kadının mirasçılarına onlara verilmesine hükmedilir.

Çünkü biz onların bu miktarı hak ettiklerini kesin olarak bilmekteyiz. Bu nedenle bu pay onlara verilir. Geriye kalan dörtte bir, kayıp kişinin durumu ortaya çıkıncaya kadar zilyedin elinde bekletilir. Önceki mesele bundan farklıdır. Çünkü orada mal mirasçıların elinde bulunmaktadır. Malın paylaştırılması ile kayıp kişinin payı onların payından ayrılmaktadır. Bu ise kayıp kişi aleyhine hüküm vermektedir. Şimdi ele aldığımız meselede ise mal mirasçıların elinde bulunmadığı için hâkimin malın dörtte üçünü onlara vermesi kayıp kişiye bir zarar getirmemektedir. Dörtte üçün onların hakkı olduğu kesin olarak bilinmektedir.

Kayıp olan mürtedin durumu

Dinden dönen (mürted) kişi kayıp olsa ve harp ülkesine katılıp katılmadığı bilinmese; Müslümanın mirasının bekletilmesi gibi onun mirası da bekletilir.

Çünkü mürtedin harp ülkesine katılması, Müslümanın ölmesi hükmündedir. Nasıl ki Müslümanın öldüğü ortaya çıkıncaya kadar mirası bekletiliyorsa, aynı şekilde kayıp olan mürtedin da harp ülkesine katıldığı ortaya çıkıncaya kadar mirası bekletilir.

Kayıp mürtedin mirasçı olması

Kayıp olan mürtedin çocuklarından herhangi birisi ölürse mirası, mirasçıları arasında paylaştırılır. Kayıp kişi için herhangi bir pay ayrılmaz.

Çünkü dinden dönmesi nedeniyle o mirastan yoksun kalmıştır. Çünkü mürted hiçbir kişiye mirasçı olamaz. Onun mürted olduktan sonra tekrar İslama dönüp dönmediği de kuşkuludur. Kuşku, kesin olarak bilinen şeye karşıt / denk olamaz. Görmez misin kayıp olan baba köle olsaydı, kendisine çocuğunun mirasından herhangi bir pay ayrılmayacaktı. Çünkü onu mirastan yoksun eden kölelik kesin olarak bilinmektedir. Bundan sonra özgür olup olmadığı ise şüphelidir.

Kayıp olan mürtedin mirası yabancı birisinin elinde olduğunda da durum aynıdır. Mürted kadın için de bu hüküm geçerlidir. O hiç kimseye mirasçı olamaz.

Aynı şekilde kaybolan bir zimmînin (gayri müslim vatandaşın) Müslüman oğulları olsa ve onlardan birisi ölse, baba için herhangi bir pay ayrılmaz. Çünkü

onun mirastan yoksun olma nedeni bilinmektedir. Çünkü kâfir, Müslümana mirasçı olamaz.

Yine Müslüman bir erkek kaybolsa ve kendisinin kâfir çocukları olsa, onlardan herhangi birisi öldüğünde, onun mirası erkek kardeşleri arasında paylaştırılır. Babası için herhangi bir şeyin ayrılmasına hükmetmem. Çünkü Müslüman, kâfire mirasçı olamaz. Onun mirastan yoksun olma nedeni kesin olarak bilinmektedir.

Allah en iyisini bilir.

GASP
(كتاب الغصب)

Büyük , zâhid Şemsü'l-eimme es-Serahsî yazdırmak suretiyle şunları söyledi:

[11/49] **Bil ki; gasp başkasının malını tecavüz ve düşmanlık yoluyla almaktır.**

Bu sözcük lügatte, alınan şey mal olsun olmasın, her konuda kullanılır. Bu nedenle "Falancanın karısı ve çocuğu gasbedildi" denilir. Fakat dinde gasp hükümlerinin tamamı, alınan şeyin değerli mal olması durumuna özgüdür.

Gasbın lügat ve fıkıhtaki tanımı

Gasp haram kılınmış bir fiildir.

Çünkü o düşmanlık ve zulümdür. Gasbın haram olması dinde Kitap ve sünnetle pekiştirilmiştir:

Gasbın haram olmasının delilleri

Kitaptan deliller şu âyetlerdir:

Allahu Teâlâ şöyle buyurmuştur;

﴿ يا أَيُّها الَّذين آمنوا لا تأْكُلوا أَموالَكُم بينَكُم بِالْباطلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تجارةً عَنْ تَراضٍ منْكُم ﴾

"Ey iman edenler! Karşılıklı rızaya dayanan ticaret olması durumu müstesna mallarınızı, bâtıl (haksız ve haram yollar) ile aranızda yemeyin." (en-Nisâ, 4/29)

Yine Allah şöyle buyurmuştur:

﴿ إِنَّ الَّذين يأْكُلُونَ أَموالَ الْيتامى ظُلْما إِنَّما يأْكُلُونَ في بُطُونهِم نارًا ﴾

"Haksızlıkla yetimlerin mallarını yiyenler şüphesiz karınlarına ancak ateş tıkınmış olurlar." (en-Nisâ, 4/10)

Peygamber (s.a.v.) de şöyle buyurmuştur:

لا يحلُّ مالُ امرئٍ مُسْلمٍ إِلَّا بطيبةِ نَفْسٍ منْهُ

"Bir Müslümanın malı ancak onun gönül rızası ile helâl olur."[50]

Yine O (s.a.v) şöyle buyurmuştur:

سِبَابُ الْمُسْلِمِ فُسُوقٌ ، وَقِتَالُهُ كُفْرٌ ، وَحُرْمَةُ مَالِهِ كَحُرْمَةِ نَفْسِهِ

"Müslümana sövmek günahkârlık, onunla savaşmak küfürdür. Müslümanın malının haramlığı, onun canının haramlığı gibidir."[51]

Peygamber (s.a.v.) vedâ hutbesinde de şöyle buyurmuştur:

أَلَا إِنَّ دِمَاءَكُمْ وَأَعْرَاضَكُمْ وَأَمْوَالَكُمْ حَرَامٌ عَلَيْكُمْ كَحُرْمَةِ يَوْمِي هَذَا فِي شَهْرِي هَذَا فِي بَلَدِي هَذَا

"Dikkat edin! Şüphesiz ki sizin kanlarınız, ırz ve namusunuz , şeref ve haysiyetiniz ve mallarınız ; benim bulunduğum şu günün, şu ayın ve bulunduğum yerin haram olması gibi birbirinize haram kılınmıştır."[52]

Bunlardan anlaşılmaktadır ki can konusunda düşmanlık haram kılındığı gibi gasp fiili de; mal konusunda haram kılınmış bir düşmanlıktır. Bu nedenle gasp ahirette günahı gerektirir. Nitekim Resûlüllah (s.a.v.) şöyle buyurmuştur:

مَنْ غَصَبَ شِبْرًا مِنْ أَرْضٍ طَوَّقَهُ اللَّهُ تَعَالَى يَوْمَ الْقِيَامَةِ مِنْ سَبْعِ أَرَضِينَ

"Kim, bir karış miktarı bir yeri gasbederse, Allahu Teâlâ kıyamet gününde o yerin yedi katını onun boynuna geçirir." [53]

Bir kimse işin gerçeğini bilerek kasten bu fiili yaptığında günahkâr olur.

Mesela aldığı şeyin kendi malı olduğunu zannederek veya satın aldığı bir şeyin gerçekte satıcıdan başkasına ait olduğunu bilmeyerek yanlışlıkla alırsa günahkâr olmaz. Çünkü Peygamber (s.a.v.) şöyle buyurmuştur:

رُفِعَ عَنْ أُمَّتِي الْخَطَأُ وَالنِّسْيَانُ

"Ümmetimden hata ve unutma kaldırıldı."[54] Bu hadiste hata ve unutmanın kendisi değil, bu nedenlerle meydana gelen günahların kaldırılması kastedilmiştir.

---

[50] Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, V/72, 113; Dârekutnî, *Sünen*, III/25, 26; Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, VI/100; Tahâvî, *Şerh-u maâni'l-âsâr*, IV/241; Zeyleî, *Nasbu'r-râye*, IV/223.

[51] Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, I/446; Buhârî, İmân 36; Müslim, Kasâme 29; İbn Mâce, Menâsik 76; Tirmizî, Eymân 15; Taberânî, *el-Mu'cemü'l-kebîr*, X/159; Heysemî, *Mecmau'z-zevâid*, IV/305.

[52] Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, V/49; Dârekutnî, *Sünen*, II/67; İbn Hibbân, *Sahih*, IV/310; Taberânî, *el-Mu'cemü'l-evsât*, I/32; Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, III/215; Tahâvî, *Şerh-u maâni'l-âsâr*, IV/159.

[53] Müslim, Müsâkât 137; İbn Hibbân, Sahih, VII/468; Taberânî, *el-Mu'cemü'l-kebîr*, I/153; Hâkim, Müstedrek, IV/329; Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, VVI/98.

Gasbın dünyadaki hükmü

Gasbın dünyadaki hükmü ise günah söz konusu olsun ya da olmasın sabit olur.

Çünkü bu hükmün sabit olması mal sahibinin hakkı nedeniyledir. Her ne kadar alan kişi gerçeği bilmemesi ve kastının olmaması nedeniyle dinen mazur olsa bile mal sahibinin hakkı gözetilir.

Gasp ile sabit olan aslî hüküm; gasbedilen şeyi sahibine aynen geri vermektir.

Peygamber (s.a.v.) şöyle buyurmuştur:

على اليد ما أخذت حتى تؤدّ

"Aldığını geri verinceye kadar, malın ödeme yükümlülüğü onu elinde bulundurana aittir."[55]

Yine O (s.a.v.) şöyle buyurmuştur:

لا يحلُّ لأحدٍ أنْ يأْخذَ متاعَ أخيه لاعباً ، ولا جادّاً ، فإن أخذَهُ فلْيردّهُ عليه

"Bir kişinin, kardeşinin malını şaka ya da ciddî olarak (izinsiz) alması helâl olmaz. Eğer alırsa ona geri versin."[56]

Yine Peygamber (s.a.v.) şöyle buyurmuştur:

من وجد عين مالِهِ فهو أحقُّ بهِ

"Kim (başkasının yanında) kendi malını bulursa, o kişi malını almaya başkalarından daha çok hak sahibidir"[57] Onun, malını almaya daha çok hak sahibi olması zorunlu olarak alanın o malı sahibine geri vermesini gerektirir.

Bu hususdaki aklî delil de şudur; Başkasının malını alan kişi, bu alma nedeniyle mal sahibinin malı üzerindeki zilyedliğine (hâkimiyet ve tasarrufuna) son vermiştir. Mal sahibinin malı üzerindeki zilyetliği onun sahip olmayı kastettiği bir şeydir. Bu zilyetlik sayesinde malı ile ilgili tasarruflarda bulunur. Ondan yararlanır. Mülkiyetin getirilerini elde eder. O durumda, mal sahibinin malı üzerindeki zilyetliğini gasp yoluyla ortadan kaldıran kişinin, gasp fiiline son vermesi gerekir. Ancak bu şekilde mal sahibinin zarar ve ziyanı ortadan kalkmış olmaktadır.

---

[54] İbn Mâce, Talâk 16; İbn Hibbân, Sahih, XVI/202; Taberânî, *el-Mu'cemü'l-kebîr*, XI/133; Dârekutnî, Sünen, IV/170; Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, X/61; Zeyleî, *Nasbu'r-râye*, II/38.

[55] Dârimî, Buyû' 56; Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, V/8; İbn Mâce, Sadakât 5; Ebû Dâvûd, İcâre 90; Tirmizî, Buyû' 39.

[56] Ebû Dâvûd, Edeb 93; Taberânî, *el-Mu'cemü'l-kebîr*, XXII/241; Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, VI/100; Tahâvî, *Şerh-u maâni'l-âsâr*, IV/243; Heysemî, *Mecmau'z-zevâid*, IV/306; Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, IV/222.

[57] İbn Ebû Şeybe, *Musannef*, IV/279; Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, II/228; Ebû Dâvûd, İcâre 80; Dârekutnî, *Sünen*, III/28; Taberânî, *el-Mu'cemü'l-kebîr*, VII/207.

Mal sahibinin zararını ortadan kaldırmanın en uygun yolu malını ona geri vermektir.

Gasp edilen malın tazmini

Çünkü bu, malın bizzat kendisini iade etmektir. Gasbın gerektirdiği temel hüküm de budur. Bunun dışındaki bir yola ancak aslın kendisinin iade edilmesi mümkün olmadığında başvurulur. Malı gasbeden; kendi fiiliyle olsun olmasın, malın kendi elinde telef olması nedeniyle geri iade edemezse, mal sahibine yitirttiği [11/50] şeyi telafi etmek için onun mislini ödemesi gerekir. Çünkü mal sahibinin amaç olan zilyedliğini ortadan kaldırmak tıpkı malı telef etmek suretiyle mülkiyetini yitirtmek gibidir.

Mislin türleri

Misil iki çeşittir;

1-Misl-i kâmil; gasbedilen malın; hem sûreten (şekil / cisim itibarıyla) hem de mânen (ekonomik değer açısından) mislidir.

2-Misl-i kâsır; mânen yani ekonomik değer bakımından gasbedilen malın mislidir.

Malı gasbedenin hem şekil hem de ekonomik değer bakımından gasbettiği malın mislini (misl-i kâmil) ödemesi gerekir. Bu imkansız ise misl-i kâsır, misl-i kâmilin yerini alır.

Bunu şöyle açıklayabiliriz:

Gasbedilen şey; ölçülen (keylî) ve tartılan (veznî) yani mislî (benzeri bulunabilen, standart) mallardan ise biz Hanefilere göre gasbeden o malın mislini borçlanır.

Kıyası reddedenler ise "gasbedenin gasbettiği malın değerini ödemesi gerekir" demişlerdir. Onların delili şudur; Malı gasbedilen kişinin hakkı malın kendisinde ve ekonomik değerindedir. Malı aynen geri vermek olanaksız bir duruma geldiğinden, malın ekonomik değerinin verilmesi gerekli olur. Gasbeden kişiye ödemenin gerekli olması, gasbedilen şeyin ekonomik değeri itibarıyladır. Bir malın ekonomik değeri o malın değerini ifade eder.

Biz Hanefiler ise şöyle demekteyiz; Gasbedene gerekli olan malın mislidir. Allahu Teâlâ şöyle buyurmuştur:

﴿ فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ ﴾

"Kim size saldırırsa siz de ona misilleme olacak kadar saldırın." (el-Bakara, 2/194)
Bu âyette ikinci fiilin ("siz de ona saldırın" fiilinin) saldırma diye isimlendirilmesi mecazen ilk fiile karşılık anlamı taşıdığı içindir. Nitekim aynı şekilde Allahu Teâlâ şöyle buyurmuştur:

﴿ وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا ﴾

"Bir kötülüğün cezası, onun misli bir kötülüktür." (eş-Şûrâ, 42/40) Kötülüğe karşılık ceza vermek kötülük olmaz.

Ölçülen ve tartılan malların birbirinin misli olduğu âyetle (nassla) sabit olmuştur. Peygamber (s.a.v.) şöyle buyurmuştur:

الحنْطةُ بالحِنْطةِ مِثْلٌ بمِثْل

"Buğday buğdayla misli misline değiştirilir."[58]

Ayrıca ödemeden maksat, zarar ve ziyanı gidermektir. Bu zararın giderilmesinin en mükemmeli misliyle olur. Çünkü böyle yapıldığında gasbedilen malın hem cinsi hem de ekonomik değeri göz önüne alınmış olur. Değerini ödemede ise sadece ekonomik değeri (mal olma niteliği) gözetme vardır. Bu nedenle malın mislini vermek adalete daha uygundur. Ancak malın piyasada bulunmaması nedeniyle mislini vermek mümkün olmadığında zarûrî olarak misl-i kâsır, yani değerini ödemek suretiyle ödeme yoluna baş vurulur.

Tazminde esas alınacak değer

Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre mal ödenirken; ödeme yapıldığı andaki değer esas alınır. Çünkü ödeme borcu, tazminata hükmedildiği an malın mislinden değerine geçer. Şöyle ki; gasbedilen malın misli gasbedenin zimmetinde bulunmaktadır. Ondan ödenmesi istenen şey de zimmetinde bulunan bu misildir. Bu nedenle mal sahibi malın piyasada bulunacağı ana kadar beklese, malın mislini gasbedenden isteyebilir. Ödeme borcunun değere geçmesi, malın mislini bulmanın mümkün olmadığı durumdadır. Bu da dâva olup tazminata hükmedildiği zaman olur. Ancak gasbedilen veya tüketilen mal misli olmayan mallardan ise durum farklıdır. Çünkü aslen ödenmesi gerekli olan Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre malın misli ise de; bu durumda ödemeyi gerektiren nedenin aynı olmasından dolayı gasbedenden malın mislini değil değerini ödemesi istenir. Malın değeri bu durumda esas alınır.

Ebû Yusuf (r.a.) ise şöyle demektedir: "malın misli piyasada bulunmayınca bu mal, değere itibar etme noktasında misli olmayan mallardan olur. Halef (yerine geçen) ancak aslın vacip olduğu neden ile vacip olur. Bu neden de gasbtır. Bundan dolayı ödemede, malın gasbedildiği tarihteki değeri esas alınır."

Muhammed (rh.a.) ise şöyle demektedir: Gasp fiili; malı aynen geri verme yerine malın mislini vermeyi gerektirir. Bu da zimmette bir borç durumuna dönüşmüştür. Gasp zimmetteki borcun yanında bir de değeri gerektirmez. Çünkü tek bir neden (gasp) iki ödeme yükümlülüğünü (malın mislini ve değerini) gerektirmez. Misli ödemek mümkün olmadığı için değerle ödemeye başvurulur. Bu

---

[58] Müslim, Müsâkât 83; İbn Mâce, Ticârât 48; Tirmizî, Buyû' 23; Hâkim, *Müstedrek*, II/49; Taberânî, *el-Mu'cemü'l-kebîr*, I/339; Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, V/282; Tahâvî, *Şerh-u maâni'l-âsâr*, IV/4; Zeyleî, *Nasbu'r-râye*, IV/46.

da malın piyasada bulunmaması ile olur. Bundan dolayı ödeme esnasında malın piyasada bulunduğu son gündeki değeri esas alınır.

Ebû Hanîfe, Ebû Yusuf ve Muhammed'e göre; gasbedilen şey; ceviz, yumurta, altın ve gümüş dışındaki paralar gibi bireyleri arasında fazla farkı olmayan, sayılarak alınıp satılan şeylerden (adediyyât-ı mütekâribe)[59] ise bize göre gasbeden mislini ödemekle yükümlüdür. [11/51]

Züfer'e göre ise değerini ödemelidir. Bu mesele bizim ile Züfer arasında, bu gibi mallarda sayı ile selem akdi yapılmasının cevazı konusundaki ihtilafa dayanmaktadır.

Züfer (r.a.) şöyle demektedir: Malı öderken mislinin dikkate alınması nasslarda (delillerde) yer almaktadır. Bireyleri birbirine yakın olan ve sayılarak satılan şeylerin birbirinin misli olduğu ise nassla değil, ictihadla sabit olmuştur. Bu nedenle bunlarda faiz söz konusu olmaz. Çünkü bunların birbirinin misli olduğu kesin değildir. Nassla sabit olan şey ise kesindir. Bundan dolayı ödeme, ihtilaflı olan şey ile yani misil ile yapılamaz. Bireyleri birbirinden büyük ölçüde farklı olan sayılır şeylerde olduğu gibi, burada da misli ödemek mümkün olmadığı için değerle ödeme yoluna gidilir. .

Biz (Ebû Hanîfe, Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.)) ise şöyle demekteyiz: Bu eşyanın (bireyleri birbirine yakın olan, sayılarak alınıp satılan şeylerin) birbirinin misli olduğu örfle sabittir. Ödemenin maksadı olan; malın cins ve değerini koruma konusunda malı gasbedilen kimsenin hakkını telafi bakımından örfle sabit olan şey nassla sabit olan şey gibidir. Çünkü söz konusu malların birimleri arasında malî değer noktasında bir farklılık yoktur. Ölçülebilir ve tartılabilir şeylerde olduğu gibi bunlarda da yalnızca türler farklı olmaktadır.

Adediyyat-ı mütefavitenin gaspı

Gasbedilen şey; giyecekler, hayvanlar vb. gibi bireyleri arasında büyük farklar bulunan şeylerden ise biz Hanefilere göre, malı aynen geri vermek mümkün olmadığından, gasbeden kişinin değeri ödemesi gerekli olur.

Medineliler (rh.a.) ise şöyle demişlerdir: Gasbeden üzerine gerekli olan malın mislini ödemektir. Çünkü Enes (r.a.)'in hadisinde yer aldığına göre o şöyle demiştir: "Ben hicab (örtünme) konmadan önce Resûlüllah (s.a.v.) ile birlikte Ayşe (r.a.)'nin odasında idim. Kendisine eşlerinden biri tarafından bir tabak serit (tirit) gönderildi. Ayşe (r.a.) eli ile tabağa vurdu. Tabak kırıldı. Resûlüllah (s.a.v.) seridi yerden alıp yemeye başladı. Şöyle buyurdu; غارَت أُمُّكُمْ عارَت أُمُّكُمْ *"Anneniz kıskandı, anneniz*

[59] **Adediyyât-ı Mütekâribe / العدديات المتقاربة:** Yumurta, limon... gibi sayı ile satılan ve büyüklük açısından birbirine yakın olup aralarında önemsenecek derecede kıymet farkı bulunmayan mallardır. Bunlar misli (standart) mallardan sayılır.

kıskandı."[60] Sonra Ayşe (r.a.) bunun benzeri bir tabak getirerek onu geri verdi. Resûlüllah (s.a.v.) Ayşe (r.a.)'nin kıskançlıktan kaynaklanan bu hareket sonrasında yaptığını güzel karşıladı.

Ali (r.a.) mağrûr (özgür bir kadınla evlendiği söylenen ancak sonradan eşi cariye çıkan aldatılmış) kişi hakkında "köle köleye karşılık, cariye de cariyeye karşılık özgür olur" demiştir.

Biz Hanefiler ise Peygamber (s.a.v.)'den rivâyet edilen şu bilinen (meşhur) hadisi delil olarak getirmekteyiz.:

عَبْدٌ بين شريكين يعتِقُهُ أحدُهما : فإنْ كان موسرًا ضمن قيمةَ نصيبِ شريكه ، وإنْ كان مُعْسرًا سعى العَبْدُ في قيمةِ نصيبِ شريكه غيرَ مَشْقُوقٍ عليه

" İki kişi arasında ortak olan bir köleyi, ortaklardan biri özgür kıldığında; eğer özgür eden zenginse diğer ortağın payını öder. Fakir ise köle kendisine zorluk yüklenmeyecek bir tarzda diğer ortağın payını ödemek için çalışır."[61]

Bu hadis, misli olmayan şeylerde değere itibar edileceğini açıkça ifade etmektedir.

Enes (r.a.)'in rivâyet ettiği hadisin yorumu şu şekildedir: Ayşe (r.a.)'nin, kırdığı tabak yerine başka bir tabak vermesi kişilik ve güzel ahlâktan kaynaklanan bir davranıştır. Bu bir ödeme değildir. Zaten her iki tabak da Resûlüllah (s.a.v.)'a ait idi.

Ali (r.a.)'nin "köle, köleye karşılık özgür edilir" sözünün anlamı "köle, kölenin değeri karşılığında özgür edilir" demektir. Çünkü Ömer ve Ali (r.a.)'nin "özgür kadınla evlendirildiğini zannederek cariye ile evlendirilen kişinin bu cariyeden doğan çocuğu, değeri ödenmek suretiyle özgür olur" şeklinde hüküm verdikleri doğru olarak bilinmektedir.

Muhammed (rh.a.) gasp ile ilgili bölüme, İbn Sirin'in Şüreyh (rh.a.)'ten naklettiği şu hadisle başlamıştır.

مَنْ كَسَرَ عَصًى فَهِيَ لَهُ ، وعَلَيْهِ مِثْلُهُ

"Kim bir âsâyı kırarsa, o kendisinin olur. Onun mislini ödemesi gerekir."[62]

Muhammed (rh.a.) daha sonra Hakem'in Şüreyh (rh.a.)'ten rivâyet ettiği şu hadisi anmıştır:

---

[60] Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, III/105; Buhârî, Nikâh 108; Ebû Dâvûd, İcâre 91; Nesâî, İşretü'n-nisâ 4; Dârekutnî, *Sünen*, IV/153; Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, VI/96.

[61] Buhârî, Şirket 14; Müslim, İbn Mâce, Itk 6; Itk 1; Ebû Dâvûd, Itk 5; İbn Hibbân, *Sahih*, X/156; Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, X/283; Zeylei, *Nasbu'r-râye*, III/292.

[62] Abdurrezzak, *Musannef*, VIII/223; İbn Ebû Şeybe, *Musannef*, VII/302; Dârimî, Buyû' 58; Dârekutnî, Sünen, IV/153; Ebû Ya'lâ, Müsned, VI/85.

مَنْ كَسَرَ عصاً فَهِيَ لَهُ ، وَعَلَيْهِ قِيمَتُهَا

"Kim bir asayı kırarsa o kendisinindir. Onun değerini ödemesi gerekli olur"[63]

[11/52]

Burada şöyle söylemek mümkündür: İlk hadiste anılan misil ile Peygamber (s.a.v.)'in kastettiği, yalnızca mali değer bakımından benzerlik / denkliktir. Bu da değerde olur. Yahut da ilk hadiste geçen asâların küçük asâ olduğu kabul edilir. Çünkü küçük asâ, aynen oklar gibi bireyleri arasında fazla fark olmayan, birimleri malî değer bakımından birbirinden farklılık göstermeyen şeylerdendir. İkinci hadiste anılan asâ ise büyük asâ olarak yorumlanır. Çünkü büyük asâ, bireyleri arasında önemli farklar bulunan şeylerdendir. Çünkü bunların mali değer bakımından birimleri arasında farklar vardır. Burada kastedilen kırmak, fahiş olan, ortadan kaldırılması mümkün olmayan kırılmadır. Kırık küçük olursa, kıran kişi yalnızca kırılmanın asânın değerinde oluşturduğu eksilmeyi öder. Çünkü o, eşyadan beklenen yararı ortadan kaldırmamış, yalnızca değerinde bir eksilme meydana getirmiştir. Bu nedenle de noksanı ödemesi gerekir. Büyük olan kırılmada ise eşyadan beklenen yararı ortadan kaldırdığı için bir açıdan malı telef etmiş gibi olur. Bu nedenle sahibi isterse değerini ödettirme hakkına sahiptir. Bu, faizin söz konusu olduğu mallar dışındaki bütün mallarda geçerlidir.

Biz Hanefilere göre faizin söz konusu olduğu (ribevî)[64] mallarda; mala verilen kusur az olsun çok olsun onun sahibi; malı elinde tutup gasbedenden herhangi bir şey almama veya malı gasbedene teslim edip onun mislini ödettirme arasında seçim hakkına sahiptir. Noksanın ödettirilmesi ise faize yol açması nedeniyle imkansız duruma gelmiştir.

Çünkü noksan ödettirilirse gasbeden, mal sahibine mülkünün miktarı yanında bir de fazlalık vermiş olur.

Şâfiî (rh.a.)'ye göre mal sahibi malın noksanını ödettirebilir. Onun bu görüşü şu prensibine dayanmaktadır "Faize tabi mallarda, diğer mallarda olduğu gibi kalitenin (malın güzelliğinin) bir değeri vardır." Görmez misin, faize tabi mallar kendi cinsi dışında bir malla değiştirildiğinde kalitenin bir değeri olmaktadır. Şu durumda gasbeden, malın kalitesini ortadan kaldırdığında mal sahibinin seçim hakkına sahip olması konusunda da kalitenin bir değeri olur.

Dinen mütekavvim (değerli) olmayan domuz, çalgı âletleri gibi şeylerde aynı cinsten olmakla olmamak eşittir.

Ayrıca noksanı ödemeyi gerekli kılmak faize yol açmaz. Çünkü faiz hükmü, karşılıklı olarak eşit bir şekilde değiştirilmesi gereken mallarda söz konusudur. Özellikle de Şâfiî'nin kabul ettiği prensip açısından noksanı ödemede bu yoktur.

---

[63] İbn Ebû Şeybe, *Musannef*, VII/302, IV/310.

[64] **Ribevî mallar**; hadislerde sayılan ve faizli işlemlere konu olan maddelerdir. Bunlar altın, gümüş, buğday, arpa, hurma ve tuzdur. Faiz yalnızca bu altı çeşit mal üzerinde gerçekleşir.

Çünkü onun prensibine göre "gasp nedeniyle bir malın ödeme sorumluluğunu yüklenme, söz konusu mala malik olmayı gerektirmez."

Biz Hanefiler ise şöyle demekteyiz: Faize tabi mallarda malın kendisinden ayrı olarak kalitenin bir değeri yoktur. Nitekim Peygamber (s.a.v.) şöyle buyurmuştur:

جيِّدها ورديئها سواءٌ

"Bu malların (faize tabi malların) iyisi de kötüsü de birdir."[65]

Yani akdin üzerine kurulduğu mali değer açısından eşittir. Çünkü maldaki bu iyi niteliğe karşılık bir bedel almak caiz olmaz. Bu nedenle kişi bir ölçek iyi buğdayı bir ölçek kötü buğday ve bir dirhem karşılığında satsa bu caiz olmaz. Bilindiği gibi dinen yalnızca değerli olan şeyden bedel almak caizdir. İşte bu yönüyle mesele; cinslerin ayrı olması durumundan farklıdır.

Biz Hanefilere göre mal sahibinin seçim hakkına sahip olması maldaki iyilik / kalite niteliğinin ortadan kalkması nedeniyle değildir. Bilakis gasbedenin fiili ile malda meydana gelen değişim nedeniyledir. Malın kendisinden ayrı olarak onun kalitesinin bir değeri olmayacağı anlaşılınca şunu ifade ederiz: Mal sahibi noksanı gasbedene ödettirirse, kalite niteliğini maldan ayırarak onun için ayrıca bedel almış olur. Malı gasbedene teslim ettiğinde ise malın kalitesini maldan ayırmış olmaz. Kalite maldan ayrı değil, mal ile birlikte bir değer ifade eder. Bu nedenle mal sahibi malın mislini ödettirebilir.

Şüreyh'in sözü; bizim de kabul ettiğimiz üzere, malı ödemekle gasbedenin mala sahip olduğunu göstermektedir.

Gaspedilen hayvanların tazmini

[11/53]

Muhammed, Ebû'l-Bahterî'den şunu anmıştır: Bir bedevî Osman b. Affân (r.a.)'a gelerek "Senin amca oğulların benim develerime saldırdılar. Develerimin sütleri kesildi. Sütten ayrılan develerimi de yediler" dedi. Osman (r.a.)'da ona "O zaman sana senin develerinin benzeri develer, sütten ayrılan deve yavrularına benzer deve yavruları veririz" dedi. Adam bunun üzerine "Eğer bana develeri burada verirsen, o zaman vadiye ulaşıncaya kadar sütleri kesilir. Sütten kesilenler de ölür" dedi.

Bazı kişiler onu Abdullah b. Mesûd (r.a.)'a gönderdiler. Adam Osman (r.a.)'a "aramızda Abdullah hakem olsun" dedi. Osman da "evet olsun" dedi. Abdullah şöyle dedi "Benim görüşüme göre bu adam vadisine gitsin. Orada ona develerinin misli develer, sütten ayrılan yavruların misli yavrular verilsin" dedi. Osman (r.a.) bu görüşe razı oldu. Bunu o adama verdi.

Medineliler hayvanın, gasp ve yok etme durumunda, misli ile ödeneceğine bu hadisin açık ifadesini delil göstermektedirler. Çünkü Osman ve Abdullah b. Mesûd (r.a.) bu konuda ittifak etmişlerdir.

---

[65] Zeyleî, *Nasbu'r-râye*, IV/ 47, 76.

Biz Hanefiler ise şöyle demekteyiz: Abdullah b. Mesûd (r.a.)'un bu hükmü, ödemeye hükmetme anlamında değildir. Bu, her iki tarafın rızası ile yapılan bir sulh mahiyetindedir. Çünkü develeri yok eden Osman (r.a.) değildi. Malı ödeme, onu telef edene gerekir. Bir insan, amca oğlunun yaptığı bir suçtan dolayı sorumlu tutulamaz. Ancak Osman (r.a.) amcaoğlu adına bunun mislinini ödemek suretiyle bir teberruda bulunarak şöyle diyordu: "Onların kuvvet ve yardımı benimledir." Diğer taraftan Osman (r.a.)'da akrabalarına karşı aşırı bir meyil vardı. Ömer, Osman (r.a.)'ı şûrada bulunacaklar arasında sayarken buna işaret ederek şöyle demiştir: "O, akrabasının yükünü çekmekle yükümlü (bir nevi onlara vekil) kılındı." Bu, Osman (r.a.) hakkında herkesçe bilinen bir durumdu. Bu nedenle de bedevi, malını istemek üzere ona geldi. Bir kısım insanlar; Osman ile Abdullah b. Mesûd arasında bilinen nedenle[66] anlaşmazlık bulunduğu için bedeviye Abdullah'a gitmesini söylediler.

Bu hadis tahkimin (dâvalı ve dâvacının üçüncü bir kişiyi belirlemeleri) caiz olduğuna ve bir kişi ile devlet başkanı arasında bir dâva bulunduğunda; Osman (r.a.)'ın yaptığı gibi, aralarındaki anlaşmazlığı çözmek üzere karşı tarafın da rızası ile başka birisini hakem belirlemenin caiz olduğuna delildir.

Yine bu hadis; gasp ve telef edilen şeylerin emsalinin, gasp veya telef edildiği yerde mal sahibine teslim edilmesi gerektiğine delildir. Çünkü İbn Mesûd buna hükmetmiş ve Osman (r.a.) da buna uymuştur. Bunun nedeni şudur: Ödemeden maksat malı telafi ve mal sahibinin kaybını ortadan kaldırmaktır. Bu da ilgili yerde malın geri verilmesi veya (malı vermek mümkün olmadığında) ödemenin orada ödenmesi ile olur. Bu nedenle malın sahibine geri verme ile ilgili masraf ve ek yüklerin gasbedene ait olduğuna hükmettik.

Değerli olmayan şeylerin tazmini

Şüreyh (rh.a.)'ten anıldığına göre; bir Müslüman, zimmîlerden bir kişinin şarap dolu küpünü kırdı. Şüreyh şarabın değerini Müslümana ödettirdi. Biz Hanefiler de bu hükmü kabul etmekteyiz.

Çünkü biz Hanefilere göre zimmîler hakkında şarap değerli (mütekavvim) bir maldır. Çünkü İslam devlet başkanının himayesi ile o mallar kendileri tarafından sahiplenilmiştir (ihraz edilmiştir).[67] Zimmîler bunların mal olduğuna inanmaktadırlar. Mal ancak ihraz etmekle (koruma altına almakla) değerli olur. Devlet başkanı, zimmet akdi nedeniyle bu konuda zimmîlere el uzatılmasını önlemekle memurdur. İşte bu vesile ile (zimmet akdi ile) o mallar koruma altına alınmış olmaktadır. Biz bu konuyu kendine ait bölümde daha geniş ele alacağız.

---

[66] Osman (r.a.) Kur'anı Kerim'i çoğaltma işlemini yaparken sahabilerin (r.a.) elinde bulunan mushafları karışıklığı önlemek için yaktırmıştı. Abdullah b. Mesûd ise kendi mushafını yakmak istemediğinden aralarında anlaşmazlık çıkmıştı.

[67] **İhraz / الإحراز**: Bir şeyi korunaklı bir yere koyarak ihtiyaç duyulduğunda kullanmak üzere depolamaktır. Maddî veya manevî bir şeyi elde etmek anlamında da kullanılır.

Şüreyh hadisinde şuna da delil vardır; Bir Müslüman, zimmînin şarabını yok ederse onun mislini değil değerini öder. Çünkü Müslüman, bir başkasına şarabı mülk edindiremez (temlik edemez). Mislini ödemek mümkün olmadığında, ödenmesi gerekli olan şey değerdir. Bu hadiste küpün değerinin ödenmesi belirtilmemiştir. Çünkü bunda bir karışıklık yoktur (o zaten ödenir). Râvî yalnızca anlaşılmasında sorun olan, şarabın değerinin ödenmesi meselesini anmıştır.

Fazlalıkların (Zevaidin) tazmini

Kişi, bin dirhem tutarında bir cariyeyi gasbetse ve cariye onun yanında artsa (bu durumda ödemenin nasıl olacağı meselesini şu şekilde açıklarız);

Cariyedeki bu artış da iki türlü olur;

a. Cariyeden doğan, ondan ayrı olan fazlalık; çocuk ve ukr gibi,

b. Cariyeye bitişik olan fazlalık; cariyenin şişmanlaması ve gözündeki beyazlığın ortadan kalkması gibi

[11/54]

Muhammed (rh.a.) "*el-Asl*" adlı kitapta bitişik fazlalığı açıklayarak konuya başlamıştır. Ancak ayrı olan fazlalıkla başlamak daha önceliklidir.

Muhammed şöyle demektedir:

Gaspedilen şeyden ayrı olan fazlalık (munfasıl zevaid)

Bize göre bu fazlalık, gasbeden kişinin elinde emanet olur. Bu nedenle kendisinin bir fiili olmaksızın telef olursa gasbeden onun değerini ödemez.

Şâfiî (rh.a.) ise şöyle demektedir: Bu fazlalık kişinin elinde ödemeye tabi bir durumda bulunur. Çünkü bu fazlalık haksız bir elin hâkimiyeti altında, ödemeye tabi olan bir asıldan meydana geldiği için, o da ödemeye tabi olur. Bu, harem bölgesinden çıkarılan avın zevaidi (fazlalığı) gibidir. Diğer taraftan asıldan doğan şey, aslın niteliğinde olur. Asıl ödemeye tabi olduğuna göre ondan doğan şey de ödemeye tabi olur. Görmez misin, tıpkı asıl gibi ondan doğan fazlalıklar da malı gasbedilen kişinin mülküdür.

Şâfiî görüşünü açıklama konusunda iki yol izlemektedir:

1. Fazlalık, doğrudan gasbedenin fiili ile gasbedilmiştir. Çünkü gasbın tanımı; başkasının malına haksız yere el koymak suretiyle istîlada bulunmaktır / zorla onu ele geçirmektir. Cahiliyye devrinde insanlar bununla mala malik olmakta idiler. Buna "gasp" adını vermekteydiler. Din her türlü korunmuş (mütekavvim) mala, gasp yoluyla malik olmayı geçersiz saymış ve ödemeyi gerekli kılmıştır. El koymak suretiyle mala malik olmak, av gibi mübah olan şeylere münhasır olarak kalmıştır. Ava malik olmak ancak ona el koymak suretiyle olur. Aynı şekilde ödeme de mala el koyma nedeniyle gerekli olur. Bizim meselemizde kişi, cariyenin çocuğuna el koymuştur. Bu nedenle de bu konuda bir kişi onunla anlaşmazlığa düşse (dâva açsa) onun sözü (zilyedin sözü) kabul edilir.

2. Cariyeyi gasbeden kişi nedeniyet yolu ile (dolaylı olarak) onun çocuğunu da gasbetmiş olmaktadır. Çünkü anayı gasbetmek ve doğum vaktine kadar elinde

tutmak, çocuğun kendi zilyedliği altında iken meydana gelmesine neden olur. Bu, âdeten bilinen bir durumdur. Çünkü yılın çoğunu otlaklarda geçiren hayvanların sahipleri, anne hayvanları yavruları elde etmek için ellerinde tutmaktadırlar. Bu, kişinin haksız olarak neden olduğu bir fazlalıktır. Bu bakımdan doğrudan fiili işlemek gibi kabul edilir. Çünkü mal bazen yok etmeyle bazen de gasp nedeniyle ödenir. Yok etmede kendi fiili ile malın telef olması arasına başkasının fiili karışan kişi, haksız olduğunda -herkese ait yola kuyu kazmak veya taş koymak durumlarında olduğu gibi-, ödeme hükmü bakımından kendi fiili ile malın telef olması arasına başka bir fiil karışmayan kişi (mübaşir) gibi kabul edilir. Yok etmede böyle olduğu gibi gasbda da böyledir.

Biz Hanefilerin bu konudaki delilleri şunlardır:

Gasbdan doğan ödeme yükümlülüğü, ancak gasbın gerçekleşmiş olması durumunda söz konusu olur. Çünkü gasp ödemenin nedenidir. Bundan dolayı [11/55]
hüküm gasba bağlanır. Ödeme yükümlülüğü bunu gerektirecek bir neden olmadan sabit olmaz. Bizim meselemizde ne nedeniyet, ne de doğrudan girişme (mübaşeret) yolu ile maldan meydana gelen fazlalık üzerinde gasp meydana gelmemiştir. Çünkü ödemeyi gerektiren gasbın tanımı; Mal sahibinin mal üzerindeki zilyedliğini ortadan kaldıracak bir biçimde kendi zilyedliğini ispat etmek suretiyle malı zorla ele geçirmektir. Çünkü ödeme, telafi etme yolu ile gerekmektedir. Bu ödeme de yalnızca mal sahibine bir şey yitirtme ile olur. Gasbda malın kendisini yitirtme yoktur. Bundan anlaşılmaktadır ki ödeme, mal sahibinin zilyedliğini ortadan kaldırma nedeniyle gerekli olmaktadır. Cariyenin çocuğu hakkında bu durum söz konusu değildir. Çünkü zilyedliği ortadan kaldırma, mal sahibinin elinde bulunan bir şeyi elinden almak veya elinde bulunmayan bir şeyi elde etme imkanını ortadan kaldırmakla meydana gelir. Oysa çocuk gasbedenin evinde dünyaya geldiği için hiçbir zaman cariye sahibinin elinde bulunmamıştır. Gasbedenin engel olması müstesna, mal sahibinin çocuğu alma imkanı da ortadan kalkmış değildir. Burada ödeme nedeni bulunmadığı için gasbeden çocuğun değerini ödemez. Ancak cariyenin sahibi çocuğun kendisine geri verilmesini ister de gasbeden vermezse, mal sahibinin kullanımını engelleme nedeniyle onun zilyedliğine engel olma meydana geleceği için, çocuk da ödeme hükmüne tâbi olur. Bu, rüzgar tarafından birisinin odasına atılan elbise gibidir. Bu mesele mülkiyeti gerektiren istîladan (mala el koymadan) farklıdır. Çünkü mülk, mülkiyete konu oluşturan şey üzerinde sabit olan bir hükümdür. Bu nedenle de söz konusu şeye el koymakla mülkiyetin nedeni gerçekleşir. Ödeme, mal sahibinin hakkını telafi etmektir. Bundan dolayı ancak mal sahibinin bir hakkı ortadan kaldırıldığında söz konusu olur. Bu mesele harem bölgesinin avının ödenmesi konusundan da farklıdır. Çünkü bu, hayvandaki av olma özelliğini yok etme nedeniyle gerekli olan bir ödemedir. Çünkü harem bölgesinde hayvan, başkası tarafından avlanmaktan emindir. Hayvandaki av olma özelliği; hayvanın insanlardan ürkmesi, kaçması ve

uzak durmasıdır. Hayvan üzerinde zilyetlik kurmak hükmen ondaki bu av olma özelliğini yok etmek olur. Bu durum çocuk üzerinde zilyedliğin kurulması durumunda da geçerli olmaktadır. Halbuki malların durumu avlardan farklıdır. Çünkü mallar insanların ellerinde korunur. Bu nedenle mal üzerinde zilyetlik kurmak, onun malikine herhangi bir şey yitirtmek anlamına gelmez.

İkisi arasındaki farkı şu husus açıklamaktadır: Harem bölgesinin avında dinin hakkı vardır. Din, av yapan kişiden avın kendisini ve yavrusunu güvenli bir bölgeye geri bırakmasını istemektedir. Av yapanın engellemesi bu istemden sonra meydana gelmiştir. Bu da tazminat nedenidir. Şâfiî görüşünü açıklamada izlediği ilk yola göre şunları söylemektedir: Av yapan kişi hayvanı ve yavrusunu hareme geri bırakmadan önce yavru ölürse, yavrunun bedelini ödemez. İkinci yola göre ise öder.

"Asıl (anne) ödeme hükmüne tabi olarak elde bulundurulduğu için ondan doğan çocuk da ödemeye tabi olur" şeklindeki görüşün bir delili bulunmamaktadır. Çünkü ödeme yükümlülüğü gasbedilen şeyin kendisinde değil, gasbedenin zimmetindedir. Ayn, mecazen ödeme hükmüne tabi olmakla nitelenir. Bu, "falanca, gasbedildi" demek gibidir. Gasp, gasbedenin niteliğidir. Mülk ise böyle değildir. Çünkü mülk, mülkiyete konu oluşturan şeyin niteliğidir. Mülkiyetin söz konusu olduğu şey, gerçekten malikin mülkü olmakla nitelenir. Bu durum çocuğa da geçer.

Gasbedenin gasbettiği şeyi satması

Gasbeden çocuğu satarak alıcıya teslim ederse veya yok ederse, emanete karşı bir tecavüz yaptığı için, onun değerini ödemesi gerekli olur. Nitekim emanet bırakılan kişi emaneti sattığında da hüküm böyledir.

Eğer "Satım ve teslim, malikin çocuk üzerindeki zilyedliğini ortadan kaldırmamaktadır" denilirse, buna şu şekilde cevap veririz: Bilakis kaldırmaktadır. Çünkü malik daha önce çocuğu gasbeden kişiden geri alma imkanına sahipti. Halbuki çocuk satılıp da teslim edilince bu imkan ortadan kalkmıştır. Bu açıdan onun zilyedliği ortadan kalktığı için gasbeden öder.

Mala bitişik olan fazlalık (Muttasıl zevâid)

Mala bitişik olan fazlalığa gelince; Biz Hanefilere göre bu, gasbedenin elinde emanettir. Bu nedenle cariye, fazlalık meydana geldikten sonra ölürse gasbeden onun gasp zamanındaki değerini öder, fazlalığı ödemez.

Şâfiî (rh.a.)'ye göre ise bitişik olan fazlalık, tıpkı ona göre ayrı olan fazlalık gibi ödemeye tabidir. Şâfiî (rh.a.) bitişik olan fazlalık konusundaki görüşünün daha açık /kuvvetli olduğunu iddia etmektedir. Şöyle ki; fazlalık gasbedenin eline geçmekle ödemeye tabi olmaktadır. Çünkü bitişik olan fazlalık, malın aslından ayrılmaz. Gasbedenin malın aslı üzerindeki zilyedliği, gasp zilyedliği olunca, zaruri olarak fazlalık üzerinde de aynı şey söz konusu olur.

Biz Hanefiler ise şöyle demekteyiz: Malın aslında ödemenin gerekli olması gasp üzere malı elinde bulundurmak değildir, bizzat gasbetme fiilidir. Çünkü

gasbetmek suretiyle zilyed olmak, gasp hükmüne sahiptir. Halbuki ödeme, bunun hükmüne değil, nedenin aslına bağlanır. Nedenin aslı da mal sahibinin zilyedliğine son veren gasp fiilidir. Gasp fiili, maldan meydana gelen fazlalık için söz konusu olmamaktadır.

Malı gasbedilen kişi fazlalığı istedikten sonra gasbeden vermese iki rivâyetten birine göre fazlalık ödeme hükmüne tabi olur. Çünkü onun vermemesi ile mal sahibinin mal üzerindeki hâkimiyeti daraltılmış olur. Diğer rivâyete göre ise fazlalık ödemeye tabi duruma gelmez. Çünkü geri verme istemi, malın kendisinden ayrı olarak yalnız fazlalık için söz konusu olamaz. Çünkü asıl olmadan fazlalığın geri verilmesi düşünülemez. Asıl hakkında, gasbedenin engel olması dikkate alınmaz. Çünkü gasbeden geri vermeyi engellemese bile malın aslı zaten ödemeye tabidir. Bu nedenle mal sahibi fazlalığı isteyip de gasbeden vermediğinde bu bitişik fazlalık ödenmez. Maldan ayrı olan fazlalık ise böyle değildir. [11/56]

Gasbedilen şeyin bizzat kendisinde bir fazlalık olmaz da değerinde bir artış meydana gelir sonra da telef olursa ödemenin nasıl olur? Bu konu da aynı şekilde ihtilaflıdır.

Gasbedilen şeyin değerinde meydana gelen artışın ödenmesi

Biz Hanefiler'e göre gasbeden yalnızca malın gasbedildiği sıradaki değerini öder.

Şâfiî'ye göre ise malın telef olduğu sıradaki değerini öder. Çünkü Şâfiî'nin temel prensibine göre ödemenin nedeni; mal üzerinde zilyetlik kurmaktır. Gasbedenin mal üzerindeki zilyedliği de devam etmektedir. Temel kurala göre; "Devam eden bir şeyin devam etmesine, ilk olarak meydana gelmesindeki hüküm verilir." Bu açıdan gasbeden kişi malın telef olması esnasında gasp fiilini yenilemiş olmaktadır.

Biz Hanefilere göre ise; ödemenin gerekli olmasının nedeni, mal sahibinin mal üzerindeki zilyedliğini kaldırmaktır. Bu da gasp fiilinin ilk yapıldığı sırada meydana gelir. Bundan dolayı malın bu esnadaki değerine itibar edilir.

(Aslen bin dirhem olan) Bir malın değeri, bitişik olan fazlalıkla birlikte iki bin dirhem olduktan sonra gasbeden kişi onu satıp teslim etse ve mal alıcının yanında telef olsa, sonra mal sahibi gelse seçim hakkına sahiptir; dilerse alıcıya malı teslim aldığı andaki değerini ödettirir. Dilerse gasbedene ödettirir.

Gasbedilen malın fazlalığı ile satılması

Bu hükmün gerekçesi şudur; alıcı, mülk edinmek suretiyle malı kendisi için teslim almakla haksız bir davranışta bulunmuştur. Bu teslim alma, hükmen mal sahibinin mal üzerindeki hâkimiyetini ortadan kaldırmaktadır. Çünkü daha önce açıkladığımız üzere mal sahibi gasbedenden o malı geri alabilecek durumda idi. Alıcının malı mülk edinmek suretiyle kendisi için teslim alması ile bu ortadan kalkmıştır. Bundan dolayı alıcı, malı teslim aldığı durumdaki değerini öder. Bu da ikibin dirhemdir. Bu, tıpkı malda bir fazlalık meydana geldikten sonra malı ilk

gasbedenden başka bir kimsenin gasbetmesine benzer. Bu durumda malın sahibi ikinci gasbedene malı gasbettiği andaki değeri ödettirebilir.

Bu konuda izlenecek iki yol vardır. Birisi bizim açıkladığımız yoldur. Diğeri de şudur; gasbedilen cariyenin efendisi, ikinci gasbedene ödettirmeyi tercih ettiğinde birinci gasbedeni ibra etmiş (borçtan kurtarmış) olur. Bu nedenle bundan sonra ilk gasbedene ödettiremez. Bu ibra nedeni ile ilk gasbedenin mal üzerindeki zilyedliği, mal sahibinin zilyedliği gibi olmaktadır. İkinci gasbeden bu zilyetliği ortadan kaldırmış olmaktadır. İlk gasbedenin eli, mal sahibinin ibrası ile malikin eli gibi olunca, ikinci gasbeden, hükmen malikin elini ortadan kaldırması nedeni ile ödemekle yükümlü olur.

Mal sahibi, malını bedelini satıcıya ödettirmeyi tercih ettiğinde; dilerse gasp anındaki değeri olan bin dirhemi ödettirir. Dilerse satım ve teslim anındaki değeri olan iki bin dirhemi ödettirir. Muhammed kitapta bu konuda bir ihtilaf anmamıştır.

Hasan, Ebû Hanîfe'den; İbn Semaa'da, Muhammed (rh.a.)'den o da Ebû Hanîfe (rh.a.)'den şu şekilde rivâyet etmişlerdir: Mal sahibi, satıcıya malın satış ve teslim anındaki değerini ödettiremez.

Zâhirü'r-rivaye'nin –ki bu Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.)'in görüşüdür-delili şudur; Fazlalık, gasbedenin elinde emanet olarak oluşmuştur. O, bunu satıp teslim etmekle haksızlık yaptığından malı fazlalığı ile birlikte öder. Nitekim fazlalık maldan ayrı olduğu durumda ve fazlalık meydana geldikten sonra gasbedenin onu öldürmesi durumlarında da böyledir. Diğer taraftan gasbedenin ödemesini gerektiren iki neden meydana gelmiştir: Bunlar da; gasp ve satış hükmü ile teslimdir. Mal sahibi, gasbedenin cariyeyi gasbdan sonra öldürmesi durumunda olduğu gibi, hangisi ile dilerse o nedenle ödettirir.

Bu mesele şöyle açıklanabilir: Satış ve teslim etme, malı telef etme anlamını taşır. Görmez misin, kişi, bir kişinin elinde bulunan malın kendisine ait olduğunu iddia ederek üçüncü bir kişinin bu malı kendisine satıp teslim ettiğine dair tanık getirse, tıpkı tanıkların malın onun mülkü olduğuna tanıklık etmeleri durumunda olduğu gibi, hâkim malın onun mülkü olduğuna hükmeder. Satıcı malı satıp teslim etmekle öyle bir neden meydana getirmiştir ki alıcı bunu tanıklarla ispatlasa hâkim, malın onun mülkü olduğuna hükmeder. İşte bu nedenle malı satıp teslim etmek, malı gasbedilen kişinin malını hükmen telef etmek anlamına gelir. Gasbdan sonra telef gerçekleşir. Öldürmek suretiyle telef etmede olduğu gibi ödeme nedeni olur.

[11/57] Ebû Hanîfe (rh.a.)'nin delili ise şudur; Satım ve teslim nedeni ile olan ödeme gasp ödemesidir. Halbuki burada gasbedilen malda iki nedenle gasp gerçekleşmemektedir:

1. Ödemeyi gerektiren gasp yalnızca mal sahibinin maldaki zilyetliğini yitirtme ile olur. Bir kişinin mal sahibinin zilyetliğini yitirtmesi, bir kere meydana gelir, tekrarlanmaz.

2. Nedenler, hükümleri için istenirler. Bir şey üzerinde bir kişinin gasbının tekrarlanmasının bir anlamı yoktur. Bu nedenle, tek bir fiyatla satışın tekrarlanmasının muteber olmaması gibi buna da itibar edilmez.

Biz "satış ve teslim nedeni ile olan ödeme, gasp ödemesidir" dedik. Çünkü malı gasbedilen kişinin mal üzerindeki mülkiyeti, malın gasbedilmesinden sonra devam ettiği gibi satışından sonra da devam etmektedir. Malı telef etmek ya gerçekten malın ortadan kaldırılması ile veya hükmen onun üzerindeki mülkiyetin ortadan kaldırılması ile olur. Bu ise bizim meselemizde bulunmamaktadır.

Bunun delili şudur; Özgür bir kişi gasbedildiğinde ödenmediği gibi, satılıp teslim edildiğinde de ödenmez. Halbuki yok edildiğinde bedeli (diyeti) ödenir.

Aynı şekilde Ebû Hanîfe'ye ve Ebû Yusuf (rh.a.)'un son görüşüne göre akarlar gasp ile ödenmediği gibi, satıp teslim etme nedeni ile de ödenmez. Telef etme nedeni ile ödenir.

Bu kural anlaşılınca şunları söyleriz: Daha önce "birinci gasbın hükmü devam ettiği durumda ilk gasbdan sonra ikinci defa gasp olmaz" diye açıkladığımız için, malın aslı hakkında ikinci nedene (malın satılıp teslim edilmesine) itibar etmek mümkün değildir. Gasbedenin ilk olarak malı gasbetmesinden doğan ödeme hükmünü iptal etmenin geçerli bir nedeni yoktur. Çünkü gasbedenden ödemeyi düşüren şey, bir başkasının malı ondan gasbetmesi değil, malı, sahibinin eline teslim etmek suretiyle yapmış olduğu gasbı ortadan kaldırmasıdır. Malın aslı gibi ondaki artış hakkında da ikinci nedene itibar etmenin geçerli bir delili yoktur. Çünkü fazlalık malın aslına tâbidir. Asıl hakkında hüküm sabit olmadan ona tabi olan şeyde hüküm sabit olmaz. Ayrıca asla bitişik olan fazlalık tek başına gasbedilmez. Bu nedenle de tek başına gasp ödemesine konu oluşturmaz. Öte yandan gasbeden, gasp nedeni ile malın ödeme yükümlülüğünü üstlendiğinde, ödeme vaktinden itibaren malın aslına fazlalığı ile birlikte malik olur. Böyle olunca malı başkasına satan gasbedenin, kendi mülkünü sattığı anlaşılmıştır. Bundan dolayı burada onun satışı yürürlük kazanır. Onun kendi mülkünü satması kendisine ödemeyi gerekli kılmaz. Gasbedenin maldan doğan fazlalığı öldürmesi bundan farklıdır. Çünkü bu, yok etme nedeni ile olan ödemedir. Fazlalığın tek başına (malın aslından ayrı olarak) telef edilmesi mümkündür.

Diğer taraftan telef etme durumunda ödemeyi gerekli kılan ikinci nedene itibar etmenin, asıl bakımından bir etkisi bulunmaktadır. Çünkü öldürme nedeni ile olan ödemenin veresiye olarak âkıle tarafından ödenmesi gerekir. Gasp nedeni ile olan ödemenin ise gasbeden tarafından ödenmesi gerekir. Bu etkisinden dolayı, ikinci nedenin asıl hakkında göz önüne alınması gerekli olur. Daha sonra da asla tabi olarak fazlalık hakkında itibara alınır. Ancak kişi öldürme ile aslı ödeme durumuna geldiğinde ona malik olmaz. Çünkü öldürme nedeni ile olan ödeme,

öldürülen şeye malik olmayı gerektirmez. Bundan fazlalığın, öldüren kişinin mülkü olduğu ortaya çıkmamaktadır.

Muhammed (rh.a) burada; "gasbeden, bir hayvanı gasbedip de, bitişik fazlalık meydana geldikten sonra onu yok etse hayvanın fazlalık ile birlikte olan değerini mi öder?" sorusuna değinmemiştir. "Tanıklıktan dönme" bahsinde gasbedenin, malın fazlalıkla birlikte olan değerini ödeyeceğini belirtmiştir. Bizim âlimlerimizden (rh.a.) gerçeği arayıp soruşturan bazıları bu görüşün her üç a da ait olduğunu zannederek Ebû Hanîfe'nin şu iki şeyi ayırdığını söylemişlerdir; Gasbdan sonra asılda telef gerçekleştiğinden ödemeyi gerektirir ama gasbdan sonra gasp gerçekleşmez. Ben (Serahsî) ise şöyle derim: Doğru olan; Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre her iki konu arasında bir fark yoktur. Çünkü orada ihtilaf anılmadığı gibi burada da herhangi bir ihtilaf anılmamıştır. Nevadirlerin bir kısmında; " 'bir koyunu gasbeden kişi koyun arttıktan sonra onu kesip yerse koyunun değerini fazlalığı ile birlikte ödemez' diye ihtilafın açıklamasını gördüm." denmiştir. Bu, daha önce de açıkladığımız gibi "Nedene itibar etmenin bir yararı olduğunda, ona itibar edilir" kuralına binaen verilmiş bir hükümdür. Hayvanlarda telef etme ile gasbetmenin
[11/58] hükmü eşittir. Çünkü ödeme, malı telef eden kişi üzerine derhal gerekli olur. Ödediği şeye de sahip olur. Telef etme gerçekleşse bile asıl açısından ona itibar etmenin bir yararı yoktur. İnsanı öldürme ise böyle değildir. Çünkü öldürme nedeni ile gerekli olan ödeme, gasp nedeni ile olan ödemeden farklıdır. Bundan dolayı ikinci nedene itibar etmenin bir yararı olmaktadır. Harem bölgesinde yakalanarak, bir artış meydana geldikten sonra satılan ve teslim edilen hayvan da bundan farklıdır. Çünkü biz bu meseledeki ifadelerimizle satış ve teslimin, gasbdan sonra ödeme nedeni olmadığını ortaya koymuş oluyoruz. Halbuki av meselesinde satış ve teslimden önce hayvandaki artış ödemeye tabi idi. Satış ve teslim ile ödemeye tabi olmuş değildir.

Malı gasbedilen mal sahibi, alıcıya ödettirmeyi tercih ederse satış geçersiz olur. Alıcı ödediği bedeli gasbedenden geri alır.

Çünkü malın değerinin alıcıden geri alınması, malın geri alınması gibidir. Ayrıca malın mülkiyeti alıcıya satış ile değil, değeri ödemesi nedeniyle teslim edilmiştir. Alıcı, bedeli mal sahibine ödemesinin yanında bir de satıcıya bedel ödemez. Bu nedenle ödediği bedeli satıcıdan geri alır.

Bir kimse bir cariyeyi gasbetse, cariye onun elinde iken bir çocuk doğursa ve çocuk ölse, gasbeden, cariye ile birlikte doğum nedeniyle cariyenin değerinde meydana gelen eksilmeyi öder.

Çünkü cariye bütün kısımları ile birlikte gasbedenin ödeme sorumluluğuna girmiştir. Çocuğun ölmesi ile ödemeye tâbi bir cüzü ortadan kalkmıştır. Eğer cariyenin tümü (ölmek suretiyle) ortadan kalksa idi, gasbeden onun değerini öderdi. Onun bir kısmı bütününe kıyas edilir. Çocuk hayatta ise gasbeden hem

cariyeyi hem de çocuğu geri vermek zorundadır. Çünkü çocuk, aslın (annesinin) bir parçasıdır. Bu nedenle de aslın (annenin) sahibinin mülküdür. Çocuk her ne kadar ödemeye tâbi değilse de onu geri verme masrafı gasbedene aittir. Nitekim ariyeti geri verme masrafları; âriyet ödemeye tabi olmasa bile âriyet alana (müsteîre) aittir.

Bize (Ebû Hanîfe, Ebû Yusuf, Muhammed'e) göre gasbeden; cariye ve çocuğunu, sahibine geri verdiğinde; çocuğun değeri, cariyenin değerinde doğum nedeni ile meydana gelen azalmayı karşılıyorsa gasbeden bu azalmayı ödemez.

Züfer (rh.a.) gasbedenin bu eksilmeyi karşılaması gerektiğini söylemiştir.

Eğer çocuğun değeri, doğum nedeni ile cariyenin değerinde meydana gelen eksilmeyi karşılamıyorsa Bize göre gasbeden, bu eksilmede çocuğun fiyatını aşan miktarı öder.

Züfer'e göre ise eksilmenin tümünü öder. Züfer'in delili şudur; kadının ödemeye tabi bir parçasının ortadan kalkması nedeni ile eksilmeyi ödemek gasbedene gereklidir. Bu, ancak gasbedenin ödemesi ile veya hak sahibinin gasbedeni ibra etmesi ile ortadan kalkar. Hak sahibinin ibrası bulunmamaktadır. Gasbeden çocuğu geri vermekle ödemeyi ödemiş de olmamaktadır. Çünkü çocuk, zaten ödeme alacaklısının mülküdür. Ödemeyi ödeme; ödeme alacaklısının malı ile yapılmaz. Çünkü ödeme; mal sahibinin kaybını telafi etmek içindir. Mal sahibinin kendi mülkü, onun kaybını telafi etmez. Çocuk, doğum ile kaybolan(cariyenin değerindeki azalan) kısım gibi kabul edilemez. Çünkü çocuk, gasbedenin elinde emanettir. Kaybolan (fiyattaki eksilme) ise ödeme hükmüne tabidir. Emanet, ödemeye tabi bir şeyin yerini nasıl alabilir? Görmez misin, cariye gasbedenin elinde iken kusurlandığında, çocuğun değeri bu kusuru giderecek yeterliliğe sahip olsa bile bu, noksanı telafi edici sayılmaz.

Züfer bu meseleyi şuna benzetmiştir: Kişi bir kişiye ait ağacın gövdesini kesse, onun yerine başka gövde çıksa, bu çıkan ile ödeme borcu ortadan kalkmış olmaz. Çünkü çıkan şeyler zaten ödemeyi hak eden kişinin mülküdür. Ancak, cariyenin eli bir başkası tarafından kesildiğinde gasbedenin onun erşini (diyetini) alıp, mal sahibine cariye ve erşi teslim etmesi bundan farklıdır. Çünkü erş, ödeme alacaklısının mülkünden doğmamıştır. Gasbeden bu erş ile cariyenin değerindeki eksilmeyi ödemiş kabul edilir. **[11/59]**

Yine bu mesele cariyenin bir dişinin sökülüp yerine başka dişin çıkmasından veya cariye daha önce zayıf iken sonra şişmanlamasından farklıdır. Çünkü burada ödeme nedeni ortadan kalkmıştır. Çünkü ödeme nedeni, yalnızca sökmek değil, sonradan ortaya çıkan şeyi bozmaktır. Oysa gasbedenin bunu bozmadığı anlaşılmıştır. Bu nedenledir ki eğer dişin çıkması cariyenin geri verilmesinden sonra olursa gasbedenin bir şey ödemesi yine gerekli olmaz. Cariyenin doğum yapması meselesinde ise ödeme nedeni; var olan, duyulan bir eksikliktir. Çocuk bu noksan

yerine konulamaz. Görmez misin, çocuğun değerinin bu eksikliği karşılamaya yeterli olması, gasbedenin cariyeyi ve çocuğu sahibine geri vermesinden sonra olsaydı, gasbeden bununla ödemeden kurtulamazdı. Çocuğun değerinin yeterli olması geri vermeden önce olduğunda da durum böyledir.

Bizim (Ebû Hanîfe, Ebû Yusuf ve Muhammed) bu konudaki delilimiz ise şudur; Burada ödeme nedeni hükmen yok durumundadır. Hükmen sabit olan bir şey, duyularla sabit olan gibi veya ondan daha kuvvetlidir. Bunu şöyle açıklayabiliriz: Çocuk; cariyenin doğum yüzünden yitirdiği (değerindeki azalan) kısmın yerini alır. Bu, nedenlerin bir olması yolu ile olur. Ki o neden de şudur; cariyenin doğum yapması, onun ekonomik değerinden bir bölümün kaybolmasına ve çocuğun ekonomik değerinin meydana gelmesine yol açmıştır. Çünkü çocuk her ne kadar doğum öncesi annenin karnında var idiyse de, bu durumda iken o mal değil idi, bilakis anası açısından (onun değerini düşüren) bir kusur sayılmakta idi. Yahut da ananın bir niteliği idi. Çocuk ancak doğum nedeni ile başlı başına bir mal olmuştur. Tek bir neden aynı anda hem eksilme hem de artma konusunda bir etki meydana getiriyorsa, artma eksilmenin yerini alır. Bu şuna benzer; satım akdinde mal satıcının mülkünden çıkıp, onun bedeli mülkiyetine girdiğinde neden bir olduğu için bedel, satılan şeyin değerinin yerini alır. Bu nedenledir ki iki tanık, bir kimsenin bir şeyi mislinin değerine sattığına tanıklık edip sonra da tanıklıklarından dönseler hiçbir şey ödemezler. İşte aynen bunun gibi erş (organın diyeti) de nedenin bir olması nedeni ile kesilen elin değerinin yerini alır. Nasıl ki noksan, bu kısmın aynen geri verilmesi ile ortadan kalkıyorsa - nitekim bir kişi bir inek gasbedip onun bir bölümünü kesse sonra da ineğin kendisi ile birlikte o kısmını da geri verse noksan ortadan kalkmış olur -işte bunun gibi yerine geçeni vermekle de noksan ortadan kalkmış olur. Çünkü bir şey ortadan kalktığında yerine geçen onun yerini alır. Bunun delili cariyenin şişmanlaması ve dişinin çıkması ile ilgili hükümlerdir. Çünkü bu meselelerde sonradan meydana gelen durum (şişmanlama ve dişin çıkması) yerin aynı olması nedeni ile kaybolan kısmın yerine geçeni olarak kabul edilmektedir. Çünkü sonradan meydana gelen şeyler, eksilmenin gerçekleştiği konuda meydana gelmektedir. Bir şeyin başka bir şeyin yerine geçmesi konusunda nedenin etkisi, yerin etkisinden daha çoktur. Şişmanlama ve dişin yeniden çıkması meselelerinde, sonradan meydana gelen durum, yer birliği nedeni ile önceden kaybolanın yerine geçen olarak kabul edilip bununla ödeme nedeni ortadan kalkıyorsa, bizim meselemizde de böyle olması daha önceliklidir.

İşte bu açıklama ile Züfer'in görüşüne cevap verilmiş olmaktadır. Biz, gasbedenin çocuğu vermekle ödemeyi ödediğini kabul etmiyoruz. Bilakis ödeme nedeninin ortadan kalkmasından dolayı onu ibra etmiş oluyoruz. Ödeme nedeni, malı gasbedilen kişinin mülkünün geri verilmesi ile ortadan kalkmıştır. Geri verilen şeyin, onun mülkü olması bu anlamı pekiştirmektedir.

Eğer "Bu görüş nasıl doğru olabilir? Cariyenin değerinde meydana gelen eksilme ortadan kalktıktan sonra da çocuk malı gasbedilenin mülkü olmaya devam etmektedir." Denilirse, buna şu şekilde cevap veririz: Çocuk mülkiyet bakımından yerine geçen olmamakta, cariye sahibinin mülkünden doğmuş olması nedeniyle, onun mülkü olmaktadır. Bu anlam ise devam etmektedir. Çocuk telafi hükmü bakımından yerine geçen olmaktadır. Hiç şüphesiz ki noksan ortadan kalktıktan sonra çocuk noksanın telafisi olamaz. Bu şuna benzer: Toprak, mülkiyet bakımından değil, temizlik hükmü bakımından suyun yerine geçer. Suyun bulunmasından sonra toprak, o kişinin mülkü olmaya devam eder. Ama temizlik hükmü bakımından suyun yerini tutamaz. [11/60]

Çocuğun değerinin, doğum esnasında cariyenin değerinde meydana gelen azalmayı karşıladığı sabit olunca, doğumdan sonra cariyeyi geri vermeden önce çocuğun değeri bu eksikliği karşılıyorsa hüküm yine aynıdır.

Çünkü nedenin bir olmasından dolayı çocuğun noksanın yerine geçen olma hükmü sabit olunca, çocuğun yerine geçen (halef) olma nedeninden sonra meydana gelen durumlar, nedenin meydana gelmesi anında var sayılır. Nitekim satıştan sonra alıcı malı teslim almadan önce malda meydana gelen artışlar akit anında var olan şeylere katılır. Ancak bu yerine geçme hükmü, noksanın telafi edilmesi konusundadır. Ta ki yerine geçeni geri vermek, aslı geri vermek gibi olsun. Bu durum sahibine geri vermekle sona erer. Geri verdikten sonra meydana gelen fazlalık, neden anında var olan fazlalık gibi kabul edilmez. Nitekim alıcının malı teslim almasından sonra malda meydana gelen fazlalığın malın bedeline karşılık olan bir yönü yoktur. Diş ile ilgili konuda ödeme nedeninin bulunmaması açıkça anlaşılmaktadır. Çünkü yerin bir olması nedeni ile, sonradan meydana gelen şey önceki kaybın yerini alır. Bu, görünüşte yerin bir olması gerçek bakımından da meydana gelen şeyi gasbedenin bozmaması nedeni iledir. Bu, geri vermeden önce gerçekleştiği gibi, geri verdikten sonra da gerçekleşebilir.

Şu durum bunu açıklamaktadır: Diğer meselede; dişin sökülmesi nedeni ile ödemenin gerekli olması için, sökme esnasında cariyenin gasbedenin ödeme yükümlülüğü altında olması koşul değildir. Aynı şekilde yeni dişin çıkması ile ödeme nedeninin ortadan kalkması için cariyenin gasbedenin ödeme yükümlülüğü altında olması da koşul değildir. Bizim meselemiz ise bundan farklıdır. Ağacın dallarını kesme meselesinde ise; gereken kesicinin kestiği şeyin aynısını ödemesidir. Bu da kesilen şeyin bir kısmıdır. Bu, benzerinin ağaçta bitmesi ile ortadan kalkmamaktadır. Sonra ağacın daha sonra yeniden bitmesi ağacın kesilmesine neden olmamaktadır. Bilakis ağacın tekrar bitmesi onun yeşil olmasına ve gelişmesini sürdürmesine neden olmaktadır. Telafi etme, daha önce açıkladığımız gibi nedenlerin bir olması hükmü iledir.

Ana (gasbedilen cariye) ölür de çocuğun değeri, onun bedelini karşılamaya yeterli olursa bu mesele ile ilgili üç rivâyet bulunmaktadır:

Ebû Hanîfe (rh.a.)'den rivâyet edildiğine göre gasbeden, çocuğu geri vermekle ödemeden kurtulur (berî olur). Çünkü gasbedene ödemenin gerekli olması, malı gasbedilen kişinin hakkını telafi etmek içindir. Çocuğun değeri bunun için yeterli olunca telafi oluşmaktadır.

Yine ondan rivâyet edildiğine göre çocuğu geri vermekle cariyenin doğum nedeni ile eksilen değeri telafi edilmiş olur. Gasbeden ayrıca ananın değerinden bu miktar dışındakini öder. Çünkü çocuk doğurmak ölmeyi gerektirmez. Cariyenin değerindeki eksilme doğum nedeni ile olur. Ananın ölümü ise doğum nedeni ile olmaz. Değeri geri vermek, bizzat o şeyin kendisini vermek gibidir. Gasbeden, cariyenin kendisini verse idi, onun değerindeki eksilme çocuk ile telafi edilmiş olacaktı. Gasbeden cariyenin kendisini değil de değerini geri verdiğinde de hüküm böyledir.

Zahirü'r-rivaye'ye göre ise iki nedenden dolayı gasbeden, cariyenin gasp anındaki değerini öder: Bu nedenler;

1. Kadın ölünce, yaptığı doğumun ölüm nedeni olduğu anlaşılmış olur. Nitekim yaralanma sonucunda kişi ölürse, yaralanma doğrudan ölüm sayılır. Yoksa bu, önce yaralanma, bunun üzerine de ölme olarak kabul edilmez. Doğum yapma, cariyenin ölümüne yol açtığından bu doğum ile bir fazlalık meydana gelmiş olmaz. Bu, nedenlerin bir olması hükmünden farklıdır. Çünkü orada ödeme nedeni ortadan kalkınca, çocuk doğum ile meydana gelen eksilmenin telafisi sayılmadığı gibi ana yerine de geçmemektedir. Çünkü biz nedenlerin bir olmasını, yerin bir olması gibi kabul ediyoruz. Diğer meselede; şişmanlama ve diş çıkması gibi durumlarda, kaybolan şey aslın tamamı değil de bir parçası olduğunda, sonradan meydana gelen şey kaybolanın yerini alabilir. İşte bunun gibi nedenin bir olmasından dolayı; kaybolan şey aslın tümü değil de bir parçası olduğunda, sonradan meydana gelen şey kaybolanın yerini alabilir. Çünkü sonradan meydana gelen şey tâbidir. Tâbi, aslın yerine geçemez. Yalnızca kendisi gibi tâbi olan şeyin yerine geçer.

[11/61]

Bunu şu husus açıklamaktadır: Gasbeden, ödeme yükümlülüğünü malın aslını gasbettiği anda yüklenmektedir. Bundan dolayı asıl mala gasp anından itibaren malik olur. Bundan açıkça anlaşılır ki eksilme, gasbedenin mülkünde meydana gelmektedir. Bu nedenle onu telafi edecek bir şeye ihtiyaç yoktur. Aslı geri verdiğinde ise böyle değildir. Çünkü burada eksiği telafi edecek şeyi de geri vermeye ihtiyaç vardır. Bu ihtiyaç itibarıyla çocuk, telafi hükmü açısından yerine geçen (halef) kabul edilir.

Gasp konusunda tanıklık

Cariyesi başkası tarafından gasbedilen kişi, cariyesinin gasbedenin elinde olduğunu iddia eder, o da bunu inkar ederse, cariye sahibi, kadının

kendisinin cariyesi olduğuna ve diğer kişinin onu gasbettiğine dair bir tanık, gasbedenin bunu ikrar ettiğine dair de bir tanık getirirse bu iki kişinin yaptığı tanıklık geçerli olmaz.

Çünkü tanıklardan biri söze, diğeri de fiile tanıklık ettiklerinden tanıklık ettikleri şey hususunda ihtilaf etmişlerdir. Fiil, sözden başka bir şeydir. Bir kişinin tanıklığı ile iki hususta hiçbirisi sabit olmaz.

Aynı şekilde tanıklardan birisi cariyenin onun mülkü olduğuna, diğeri de gasbedenin bunu ikrar ettiğine tanıklık etseler bu tanıklık geçerli olmaz.

Çünkü tanıklık edilen şey farklıdır. İki durumdan hiçbirisi için iki tanığın tanıklığı bulunmamaktadır.

İki tanık, cariyenin onun mülkü olduğuna tanıklık etseler, onlardan birisi fazla olarak gasbı ansa tanıklık geçerli olur.

Çünkü her iki tanık yaptıkları tanıklıkta cariyenin dâvacıya ait olduğunda ittifak etmişlerdir. Tanıklardan biri fazladan malın dâvalı tarafından gasbedildiğine tek başına tanıklık etmiştir. Hâkim onların ittifak ettikleri konuda hüküm verir.

Tanıklardan biri, kadının dâvacının cariyesi olduğuna, diğeri de daha önceden onun cariyesi olduğuna tanıklık ederse cariyenin dâvacıya ait olduğuna hükmedilir.

Çünkü her iki tanık, tanıklık ettikleri şeyde –ki bu da cariyenin dâvacıya ait olmasıdır- ittifak etmişlerdir. Çünkü bir kişiye ait olan şey, bir hakka dayanarak onu mülkiyetinden çıkaran bir durum bulununcaya kadar onun mülkü olmaya devam eder. Böyle bir durum ise ortaya çıkmamıştır. Bundan anlamaktayız ki tanıklardan her birisi onun cariyeye şu anda malik olduğuna tanıklık etmişlerdir.

Tanıklardan biri, dâvacının dâva konusu cariyeyi bir kişiden satın aldığına, diğeri de babasından miras olarak aldığına tanıklık etseler tanıklıkları geçerli olmaz.

Çünkü bu durumda tanıklardan biri, dâvacının kendi fiili olan satın alma ile cariyeye sahip olduğuna tanıklık ederken, diğeri dâvacının kendisine miras bırakanın yerini alması ile gerçekleşen bir mülkiyete tanıklık etmektedir. Her iki mülkiyet birbirinden farklıdır. Görmez misin mirasçı, kendisine geçen şey kusurlu olduğunda söz konusu şeyi miras bırakan kişiye satana malı geri verir. Yine, kendisine miras bırakan kişinin satın alması ile aldatılmış sayılmaktadır. Alıcı ise kusurlu malı, kendisine satan kişinin satıcısına geri veremez. Yine kendisine satan kişinin satın alması ile aldatılmış sayılmaz.

Tanıklık edilen şey hükmen farklı olduğunda hâkim, hiçbir şekilde hüküm veremez. Tanıklardan birisi dâvacının cariyeyi bir kişiden aldığına, diğeri de başka bir kişiden satın aldığına veya hibe veya sadaka olarak

sahip olduğuna tanıklık etse, tanıklık geçerli olmaz. Çünkü tanıklık edilen şeyde yani mülkiyetin nedeninde ihtilaf vardır.

Bu ya sadaka ve hibenin satıştan farklı olması veya mesela Zeyd'den satın almanın, Amr'dan satın almaktan farklı olmasındandır.

Her iki tanık, kadının, dâvacının cariyesi olduğuna, dâvalının onu gasbettiğine tanıklık etseler, gasbeden de o cariyeyi başka bir kişiye satsa, daha sonra cariyenin sahibi bu satışı onaylasa bu satış geçerli olur.

[11/62] Çünkü gasbedenin yaptığı satım akdi, mal sahibinin onayına bağlı olarak kurulmuştur. Bizim temel kuralımıza göre "bir tasarruf yapıldığı anda onu onaylama yetkisine sahip olan birisi bulunmakta ise, bu tasarrufun geçerli olması onun onaylamasına bağlı olur. Mal sahibinin sonradan onaylaması, ilk baştan onaylaması gibidir. Ancak onaylama ile akdin tamamlanmasının koşulu; akdi yapan tarafların, akde söz konusu olan şeyin ve onay verenin varlığını devam ettirmesidir." Bizim meselemizde bunların hepsi varlığını devam ettirmektedir.

"en-Nevâdir"de anıldığına göre dâvacı hâkimden mülkiyetin kendisine ait olduğuna hükmetmesini ister ve hâkim de bunu yaparsa, dâvacı bundan sonra satışa onay veremez. Çünkü o, hâkimden kendi mülkünü sağlamlaştırmasını istemiştir. Bu ise, mülkiyeti ortadan kaldıran nedeni def etme anlamını içerir. Bununla satış yürürlükten kaldırılmış olur.

Zâhirü'r-rivâye'nin delili ise şudur; hâkimin hükmü ile kişinin elde ettiği mülkiyet böyle olmayan mülkiyetten daha kuvvetli olamaz. Hâkimin hükmünün bulunmadığı bir mülkiyet, satışın mal sahibinin iznine bağlı olarak kurulmasına engel oluşturmadığına göre hâkimin hükmü ile olduğunda, satışın devam etmesine hiç engel olmaz.

Câriyesi gasbedilen kişi, gasbeden kişinin başkasına yaptığı satışı onayladıktan sonra gasbeden cariyenin bedelini aldıktan sonra bedel onun yanında iken telef olursa, cariye sahibinin hesabından telef olmuş olur.

Çünkü sonradan verilen onay, ilk başta izin vermek olduğundan, satışın yürürlük kazanması ile gasbeden, mal sahibi tarafından satışta vekil kılınmış sayılmaktadır. Bedeli teslim alma hakkı da vekile aittir. O, teslim aldığı şeyler hususunda emin konumundadır. Görmez misin, mal sahibinin onayından sonra gasbedenin yanında iken telef olsa idi ödemeyecekti. Onaydan önce telef olduğunda da böyledir. Onaylama ile satışın işlerlik kazanması için bedelin bakî kalması koşul değildir. Çünkü bedel, kendisi ile akit yapılan şeydir. Satışın geçerli olması için, akit yapıldıktan sonra bedelin alıcının mülkünde olması koşul değildir. Aynı şekilde onaylama suretiyle satışın yürürlük kazanması için de bedelin bakî kalması koşul değildir.

Alıcı elinde cariyenin sahip olduğu; çocuk, kazanç veya ona karşı işlenen bir suçun erşi (diyeti) vb. şeyler alıcınındır.

Çünkü mal sahibinin onaylaması durumunda satış geçerli olur. Satış anından itibaren mülkiyet hakkı alıcı lehine sabit olur. Çünkü alıcının mala sahip olmasının nedeni satış akdidir. Akit tam olarak yapıldığı durumda malı gasbedilen kişinin hakkı nedeni ile bu akitle mülkiyet alıcı lehine sabit olmuyordu. Mal sahibinin onaylaması ile bu engel ortadan kalkınca, akit anından itibaren malın mülkiyeti alıcıya ait olur. Çünkü daha sonra onaylamak, baştan izin vermek gibidir.

Bununla anlaşılmıştır ki; daha sonra meydana gelen fazlalıklar alıcının kendi mülkünde meydana gelmiştir.

Eğer cariyenin sahibi satışı kabul etmezse ve cariyeyi geri alırsa, onunla birlikte ona ait her şeyi de alır.

Çünkü mal sahibinin cariye üzerindeki mülkü devam etmektedir. Cariyeye sahip olmakla kazancı, erşi (organ diyeti) ve çocuğuna da sahip olunur.

Gasp edilmiş bir cariyeyi satın alan alıcının onu özgür kılması

Alıcı cariyeyi özgür kılarsa, cariyenin sahibi satışı onaylamadan önce biz Hanefilere göre özgür kılma geçerli olmaz.

İbn Ebi Leyla özgür kılmanın geçerli olduğunu ve gasbedenin, malını gasbettiği kişiye cariyenin değerini ödeyeceğini söylemiştir. Çünkü özgür kılma, telef etme yolu ile malı teslim almadır. Çünkü tıpkı gerçekten telef etmede olduğu gibi özgür kılma ile de cariye satışa elverişli olmaktan çıkmaktadır. Gerçekten telef etmede gasbeden cariyenin değerini öder ve buna bağlı olarak alıcı ile arasındaki satış akdi geçerli olur. Burada da hükmen telef etmeyi gerçekten telef etmeye kıyas ederek aynı hükmü veririz.

Biz Hanefiler ise şöyle demekteyiz: Teslim alma ve telef etmenin gerçekleşmesi, bunları söylemekle değil, özgür kılmanın geçerli olması nedeni iledir. Özgür kılamanın geçerli olmasının koşulu da özgür edilecek kişiye sahip olmaktır. Nitekim Peygamber (s.a.v.) şöyle buyurmuştur:

لا عِتْقَ فِيما لا يَمْلِكُهُ ابْنُ آدمَ

"İnsanın, sahip olmadığı şeyi özgür kılması yoktur (geçerli olmaz)."[68]

Geçerliliği onaya bağlı (mevkuf) olan satışın kendisi zayıftır. Onay olmadan mülkiyet gerçekleşmez. Nitekim hibede hibe edilen kişi hibe konusu şeyi teslim almadan önce mülkiyet gerçekleşmez. Kendisine köle hibe edilen kimse, teslim almadan önce köleyi özgür kılsa köle özgür olmaz. Hibe edilen bununla köleyi teslim almış da olmaz. İşte bu mesele de onun benzeridir. Telef etme ise böyle değildir. Çünkü telef etme duyularla bilinen; hem kişinin mülkünde, hem de mülkü [11/63]

[68] Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, II/190; İbn Mâce, Talâk17; Ebû Dâvûd, Talâk 7; Dârekutnî, *Sünen*, IV/14; İbn Hibbân, *Sahih*, XIV/501; Hâkim, *Müstedrek*, I/552, II/454, 455; Zeylei, *Nasbu'r-râye*, IV/56.

dışında gerçekleşen bir şeydir. "Malı gasbedilen kişi isterse alıcıya malı ödettireceği için, alıcı telef etme ile mala malik olur" demeyiz.

Malı gasbedilen kişi, alıcının cariyeyi özgür kılmasından sonra satışı onaylarsa satış geçerli olur.

Kıyasa göre alıcının yaptığı özgür kılma geçerli olmaz. Bu aynı zamanda Muhammed ve Züfer (rh.a.)'in de görüşüdür. İstihsân'a göre özgür kılma geçerli olur. Bu da Ebû Hanîfe ve EbûYusuf (rh.a.)'un görüşüdür. Muhammed, Ebû Yusuf ve Ebû Hanîfe (rh.a.)'den bu şekilde rivâyet etmiştir.

Ebû Süleyman şöyle söylemiştir: "Biz Ebû Yusuf'un Ebû Hanîfe'den: alıcının özgür kılması geçerli olmaz diye rivâyette bulunduğunu işittik."

Kıyas'ın delili şudur; Bu, geçerli olması malikin hakkı nedeniyle askıda olan bir akdin peşinden gelen özgür kılmadır. Akdin geçerli olması ile bu özgür kılma da geçerli olmaz. Nitekim alıcının seçim hakkına sahip olması koşulu ile yapılan akit, onaya bağlı olan satıştan daha kuvvetlidir. Çünkü muhayyerlik koşulu ile yapılan satın almanın geçerli olduğunda ittifak vardır. Bu akit; satıcının ölümü veya süre doluncaya kadar sessiz kalması ile tamam olur. Mevkuf satışın cevazında ise ihtilaf vardır. Onaya bağlı (mevkuf) satış, akdi yapan kişinin veya mal sahibinin ölümü ile geçersiz olur. Mal sahibinin onayı olmadan akit tamamlanmaz. Çünkü bu özgür kılma, köleye görünüşte sahip olan kişinin onayına bağlı duruma gelmiştir. Malik bu özgür kılmanın kendi adına geçerli olmasına onay verdiğinde köle onun tarafından özgür kılınmış olur. Mülkiyetin daha sonradan kendisine ait olduğu kimse tarafından özgür kılınmış olmaz. Bu şuna benzer; mükrehten (tehdit yolu ile akit yapmaya zorlanmış kişiden) satın alınan köle, teslim alınmadan önce özgür kılınsa sonra da mükreh bu satışa razı olsa özgür kılma geçerli olmaz.

Bunu şöyle açıklayabiliriz: Satış ve özgür kılma, köle sahibinin onayına bağlı duruma gelmiştir. Bundan sonra köle sahibi özgür kılmayı onaylasa satış geçersiz olur. Satışı onaylasa özgür kılma geçersiz olur. Çünkü satış ve özgür kılma tasarrufları kölenin sahibi açısından birbirine zıt tasarruflardır (ikisi aynı anda onaylanamaz).

Bunun delili şudur; gasbeden, köleyi özgür kılıp sonra da onun değerini ödese yaptığı özgür kılma geçerli olmaz. Oysa gasbedenin ödemekle elde ettiği mülkiyet, alıcının elde ettiği mülkiyetten daha kuvvetlidir. Bu nedenledir ki gasbeden köleyi satmışsa yaptığı satış geçerli olur. Halbuki alıcı köleyi satmışsa yaptığı satış geçerli olmaz. Durum böyle iken gasbedenin yaptığı özgür kılma geçerli olmuyorsa, alıcının özgür kılması hiç olmaz.

Gasbedenden köleyi satın alan kişi onu özgür kılsa sonra da köle sahibi kölenin değerini gasbene ödettirse ve bu şekilde satış geçerli duruma gelse, alıcının yaptığı azat geçerli olmaz. Köle sahibinin satışı sonradan onaylaması ile satış geçerli olduğunda da durum böyledir.

İstihsan'ın delili ise şudur; bu, tam mülkiyet nedenine bağlı olarak yapılan bir özgür kılmadır. Bu nedenle de kölenin sahibinin onayı olmasa da geçerli olur. Bu şuna benzer; terekenin tamamı ölenin borcunu karşılamaya yeterli olmadığı durumda mirasçı terekeden bir köleyi özgür kılsa sonra da borç ortadan kalksa veya mirasçıdan köleyi satın alan kişi onu özgür kılsa köle özgür olur.

Bunu şöyle açıklayabiliriz: Onaya bağlı akit, kendi başına tam bir mülkiyet nedenidir. Onun kurulması akdin iki tarafının sözleri ile olur. Onların kendileri ile ilgili tasarruf yetkileri vardır. Bu nedenle akdi mutlak olarak yaptıklarında, akit tam olarak kurulmuş olur. Çünkü gerçekleşmesi mümkün olmayan şey, mal sahibinin zarar göreceği şeydir. Nedenin (akdin) meydana gelmesi ile mal sahibi için bir zarar meydana gelmediği gibi, tamam olması ile de bir zarar söz konusu olmamaktadır. Çünkü nedenin (akdin) tamamlanması, kendisine hükmün bitişmesini gerektirmez. Hüküm nedenden geri kalabilir. Çünkü yasal nedenler hükümsüz olarak gerçekleşmezler. Şu var ki hüküm nedenden sonra meydana gelebilir. Burada mal sahibi için zararlı olan şey alıcı lehine mülkiyetin sabit olduğuna hükmetmektir. Çünkü bu, mal sahibinin mülkiyetinin ortadan kalkmasını gerektirir. Bu ise mal sahibinin onaylaması anına kadar gecikir. Neden de tam olarak devam eder.

Bunun delili şudur; nikahta onaylama anında değil, akit anında tanıkların bulunmasına itibar edilir. Nikah başkasının onayına bağlı olarak kurulabilmektedir. Nikah, nedenin tamam olmasına engel olan, koşul muhayyerliği gibi şeylerle birlikte gerçekleşmez. [11/64]

Bunun bir başka delili de şudur; iki gasbeden sarf yapıp paraları karşılıklı olarak teslim edip birbirinden ayrılsalar, sonra da her ikisinin elindeki paraların sahipleri buna onay verse, Muhammed bunun geçerli olduğu konusunda bizimle aynı görüşü paylaşmaktadır. Koşul muhayyerliği gibi, nedenin tamamlanmasına engel olan şey, sarf akdinde meclisten ayrıldıktan sonra affedilemez. Nedenin tamamlandığının delili şudur; kişi, mal sahibinin onaylaması durumunda mala; ondan ayrı ve bitişik olan fazlalıkları ile birlikte sahip olur.

Nedenin tam olduğu sabit olunca şunu belirtiriz: Özgür kılma teslim alma sayılır. Bu nedenle alıcı malı teslim almadan önce köleyi özgür kılarsa onu teslim almış sayılır. Nedenin tamam olmasından sonra gerçekleşen teslim alma nedenin, oanaya bağlı olması ile bağlı olur, Nedenin geçerli olması ile de geçerli duruma gelir. Nitekim satılan şeyin veya bedelinin gerçekten teslim alınmasında da böyledir.

Bunun delili şudur; Bir kişi gasbedene "bu köleyi benim adıma bin dirheme özgür kıl" dese o da özgür kılsa sonra da köle sahibi bunu onaylasa, onun onayı ile hem özgür kılma hem de satış geçerli olur. Bu mesele de onun benzeridir. Hatta bu meselede hükmün böyle olması daha önceliklidir. Çünkü diğerinde mülkiyet nedeni sözün altında gizli bulunmaktadır. Burada ise açıkça ifade edilmiştir. Bunu

engellemenin bir gerekçesi yoktur. Çünkü kişi bunu (gasbedenden değil de) kölenin sahibinden istese ve o da bu isteği yerine getirse, özgür kılma geçerli olur. Aynı şekilde kişi, kölenin sahibi dışındaki birinden bunu istediğinde o kişi bu isteği yerine getirse, köle sahibi de bunu onaylasa bu özgür kılma da geçerli olur. Bu konu, muhayyerlik koşulu ile yapılan satıştan farklıdır. Çünkü orada neden tamamlanmamıştır. Çünkü kişinin "muhayyer olmam koşuluyla..." sözü, ifade olarak akde bitişiktir. Akdi koşula bağlamak, koşul gerçekleşmeden önce o akdin mülkiyet nedeni olmasına engel olur. Bu nedenle de kıyas açısından satış geçerli olmaz. Çünkü kişi nedene (akde) bir koşul koymuştur. İstihsana göre ise koşul, nedenin hükmüne dahil olmuş sayılır. Bundan dolayı da akdin aslı kurulur. Hüküm açısından koşula bağlanmış akit gibi olur. Koşula bağlanan şey, koşul gerçekleşmeden önce yok hükmündedir. Görmez misin, kişi "kölem geldiğinde, bir dirhemi sadaka olarak vermek Allah için bana borç olsun" dese ve derhal bir dirhem sadaka verse bu caiz olmaz. Ancak kişi "yarın bir dirhem sadaka vermek Allah için borcum olsun" dese ve derhal bir dirhem sadaka verse bu caizdir. Bundan anlaşılmaktadır ki akdin bağlı olması, mülkiyet nedeninin tamam olmasına engellememekte ama akdi koşula bağlamak engellemektedir. Şu husus aradaki farkı açıklamaktadır: Askıda, bağlı (mevkuf) akitte, nedene uygun olarak mevkuf bir mülkiyet sabit olmaktadır. Çünkü bu miktar mülkiyetin sabit olması, mal sahibinin mülkünü ortadan kaldırmamaktadır. O bundan zarar da görmemektedir. Bu durumda özgür kılma, askıda bir mülkiyete dayandırılmıştır. Mülkiyetin askıda olması ile özgür kılmada askıda olmakta, onun geçerli olması ile özgür kılma da geçerli olmaktadır. Muhayyerlik meselesindeki koşul ise tam mülkiyete engel olduğu gibi, askıda mülkiyete de engel olmaktadır. Bu nedenle alıcının yaptığı özgür kılma, hiçbir şekilde köle üzerinde bir mülkiyete dayanmamaktadır.

Mükreh (akde zorlanan kişi) konusuna gelince; bizim âlimlerimizden bazıları bu şekilde yapılan satıştan sonraki özgür kılmayı geçersiz saymışlardır.

Bu konudaki en doğru görüş şudur; Akde zorlanan kişinin yaptığı satış fasittir, bozuktur. Bu nedenle alıcı köleyi teslim aldıktan sonra onu özgür kılsa, özgür kılması geçerli olur. Teslim almadan önceki fâsit/bozuk satış, tıpkı teslim almadan önceki hibe gibi, mülkiyet açısından zayıf ve tamamlanmamış bir durumdadır. Dolayısıyla bununla köle üzerinde ne tam ne de askıda bir mülkiyet sabit olmaz. Bundan dolayı alıcının yaptığı özgür kılma geçerli olmaz. Alıcının aldığı köleyi özgür kılması satmasından farklıdır. Çünkü satış teslim alma değildir. Görmez misin, alıcı satın aldığı malı teslim almadan önce satsa, bununla o malı teslim almış sayılmaz. Nedenin (akdin) tamamlanmasından sonra yalnızca onun hukukundan olan şey bekler. Özgür kılma da; teslim alma gibi olması açısından akdin hukukundandır. Yine satın alma (kişinin evlenilmesi haram olacak derecede yakın akrabasını satın alması) özgür kılmayı gerekli kılması açısından da onun hukukundandır. Yakın akrabanın satın alınması, satmanın aksine özgür kılma olur.

[11/65]

Şu durum bunu açıklamaktadır; satın alma mülkü kesmekte, özgür kılma ise sona erdirmektedir. Görmez misin, alıcı aldığı şeyi satsa sonra da onda bir kusuru fark etse, ödediği bedelden bu kusurun miktarını kendisine satandan geri alamaz. Ancak özgür kılarsa durum farklıdır. Özgür kılma mülkiyeti sona erdirmek olduğundan, mülkiyetin askıda kalması ile askıda kalır. Bundan dolayı mülkiyet tamamlandığında, bununla özgür kılma de yerine gelir. Satma, mülkiyeti kestiğinden; mülkiyetin askıda kalması ile onun da askıda kalması caiz değildir. Köle sahibinin özgür kılmayı onaylaması bundan farklıdır. Çünkü onun özgür kılmayı onaylaması, satış akdine söz konusu olan şeyi iptal etmektedir. Bu durumda satışın geçerli olması mümkün değildir. Satışa onay vermesi durumunda ise özgür kılma mahalli –ki bu da mülktür- alıcıya geçmektedir. Bundan dolayı özgür kılma onun tarafından geçerli olur. Bu mesele; gasbedenin köleyi özgür kılarak sonra da değerini ödemesi hususundan farklıdır. Çünkü kendisine dayanılan şey, mülkiyetin hükmüne sahiptir. Mülkiyetin gerçeğine değil. Bundan dolayı, maldan ayrı olan fazlalıklara hak kazanılmaz. Mülkiyet hükmü özgür kılmanın değil, satışın geçerli olması için yeterlidir. Nitekim mükâtebin (anlaşmalı kölenin) kendi kazancı üzerindeki mülkiyetinin hükmü de böyledir. Alıcı lehine akit anından itibaren sabit olan bu şey, mülkiyetin gerçeğidir. Bundan dolayı o, hem ayrı hem de bitişik olan fazlalıklara hak kazanır.

Alıcı köleyi özgür kılar, sonra gasbedenin kölenin değerini ödemesi nedeniyle satış geçerli olursa, en doğru görüşe göre özgür kılma da geçerli olur.

Hilal (rh.a.) de "Vakf Kitabı"nda bu şekilde belirterek "alıcının gasbedenden satın aldığı köleyi vakfetmesi istihsana göre geçerli olmaktadır. O durumda teslim aldıktan sonra köleyi özgür kılması öncelikle geçerli olur" demiştir. Bunu kabul ettikten sonra şöyle demektedir: "Diğer meselede alıcı köleyi gasbeden tarafından elde etmiş olmaktadır." Biz daha önce mülkiyetin gerçeğinin gasbedene dayandırılamayacağını söylemiştik. Öyleyse gasbeden tarafından mülkiyeti elde eden kişiye nasıl dayandırılabilir? Bu nedenle de onun özgür kılması geçerli olmaz. Bu meselede ise mülkiyet, sahibinin onaylaması nedeniyle, akit anından itibaren ona dayandırılmaktadır. Onaylayan kişi ona gerçekten malik idi. Belirttiğimiz yolla akit anından itibaren mülkü alıcı için isbat etmek mümkündür. Bundan dolayı alıcının özgür kılması geçerlidir.

Cariye alıcının elinde öldükten sonra sahibi satışı onaylarsa satış geçerli olmaz.

Çünkü cariye sahibinin onaylaması, ancak satışa izin vermesinin geçerli olacağı bir durumda geçerli olur. Cariyenin ölümünden sonra onun satılmasına izin vermesi geçerli olmaz. Çünkü mülkiyet akit anına dayansa bile mülkiyet onay

anında akde bağlı olarak alıcı lehine sabit olur. Ölmüş olan cariye, akdin nedeni kastedilmiş olduğu durumda mülk edindirmeye (temlike) elverişli olamaz.

Cariye ölmemiş olmakla birlikte sahibi onu teslim etmez, fakat gasbeden cariyeyi ondan satın alırsa gasbedenin yaptığı ilk satış caiz olmaz.

Çünkü cariye sahibinin onu gasbedene satmaya girişmesin ilk satışı geçersiz kılması anlamına gelir. Diğer taraftan bu satın almaya bağlı olarak gasbedenin yaptığı ilk satışı geçerli kılmak mümkün değildir. Çünkü mülk askıdadır. Askıda satış tamamlandığında, akit anından itibaren alıcı için mülkiyeti zorunlu kılar. Diğer taraftan ilk satış onun hakkına bağlı kalmamış, o, satın alınan şeyin teslim edilmesine de razı olmamıştır. Bundan dolayı gasbedenin cariyeyi efendisinden satın almasından sonra ilk satış geçerli olmaz. Aynı şekilde cariyenin sahibi onayladığında da ilk satış caiz olmaz. Çünkü askıda mülk üzerine geçerli mülk meydana gelmiştir. Bu geçerli mülk, askıda mülkü iptal eder. Çünkü her ikisinin aynı yerde toplanması düşünülemez. Satış bir kere batıl olunca, artık sonradan onaylama yolu ile geçerli kılınamaz.

Yine cariyenin efendisi cariyeyi gasbedene hibe ettiğinde veya sadaka olarak verdiğinde yahut da efendi ölüp, gasbeden kendisine mirasçı olarak cariyeye sahip olduğunda ilk satış geçersiz olur. Çünkü bunların tümü, cariye üzerinde geçerli
[11/66] mülkiyetin meydana gelmesiyle askıda mülkiyeti ortadan kaldırmıştır.

Bir kimse, başka bir kişinin cariyesini gasbederek onda bir kusur meydana getirse, mal sahibi cariyesinin gasbedildiğine dair tanık getirse, gasbeden cariyeyi getirip sahibine teslim edinceye kadar hapsedilir.

Ebû Bekr el-A'meş (rh.a.) şöyle derdi: "Bu mesele şu şekilde yorumlanır; Tanıklar gasbedenin bunu ikrar ettiğine tanıklık etmişlerse hüküm böyledir. Çünkü gasbedenin ikrarının tanıkların tanıklığı ile sabit olması, yoklama yolu ile sabit olması gibidir. Gasp fiili konusundaki tanıklık ise, gasbedilen şey bilinmediğinde kabul edilmez. Çünkü bu tanıklığın amacı, gasbedilen şeyin mülkiyetinin dâvacıya ait olduğunu isbat etmektir. Hâkim bilinmeyen bir şey ile hüküm veremez. Tanıklıkta mutlaka iddia ile amaçlanan şeye işaret edilmelidir."

Ancak en doğrusu; hem iddianın hem de tanıklığın zaruret gereği geçerli olmasıdır. Çünkü normal olarak gasbeden gasbettiği şeyi getirmekten kaçınır. Gasp fiilinde, tanıklar gasbedilen şeyin niteliklerini değil, gasp fiilini görebilirler. Bu imkansızlık nedeni ile onların gasbedilen şeyin nitelikleri hakkındaki bilgileri dikkate alınmaz. Onların tanıklığı ile, değerli bir mal üzerinde gasp fiili sabit olur. Bunun tanıklıkla sabit olması, gasbedenin ikrarı ile sabit olması gibidir. Bu nedenle gasbeden onu getirinceye kadar hapsedilir. Diğer taraftan gasbedenin gasbettiği şeyi geri verme borcu, bizzat gasp fiili ile sabit olur. Bu fiil de tanıkların tanıklığı ile

bilinmektedir. Bu nedenle hâkim buna dayanarak hüküm verir. Bu hüküm nedeni ile gasbeden cariyeyi getirip sahibine geri verinceye kadar hapsedilir.

Gasbedilen şeyin değerine hükmetmekte acele etmemek

asbeden "gasbettiğim cariye öldü" veya "onu sattım bu nedenle onu geri getiremem" derse, hâkim hemen cariyenin değerine hükmetmez. Bu hususta bir süre bekler.

Çünkü onun hüküm vermesi ile mal sahibinin hakkı, malın kendisinden degerine geçer. Bu ise mal sahibi için bir tür zarar meydana getirir. Malın değeri gibi bizzat kendisi de mal sahibinin elde etmeyi istediği şeylerdendir. Gasbeden değerini ödedikten sonra cariyenin kendisine teslim edilmesine gerekçe olarak bu ödemeyi gösterebilir. Bundan dolayı hâkim değerine hükmetmekte acele etmez.

Bekleme süresi için belirli bir zaman yoktur. Bu hâkimin takdirine bırakılmıştır. Çünkü rey ile miktarlar tespit edilemez. Bu bekleme, mal sahibi değere hükmedilmesine razı olmadığı zaman yapılır.

Mal sahibi cariyenin değerinin kendisine ödenmesine razı olursa veya hâkim bir süre beklediği durumda gasbeden cariyeyi getirememişse; gasbeden ve mal sahibi değer konusunda herhangi bir miktar üzerinde anlaşırlarsa yahut mal sahibi cariyesinin değerinin kendi iddia ettiği kadar olduğuna dair tanık getirirse, hâkim onun lehine bu değere hükmeder. Mal sahibinin tanığı olmazsa, yemin ile birlikte gasbedenin sözü kabul edilir.

Çünkü mal sahibi, gasbedenin inkar ettiği bir fazlalığı iddia etmektedir. Gasbedenden yemin etmesi istenildiği durumda o bundan kaçınırsa, onun bu kaçınması mal sahibinin iddia ettiği değeri ikrar etmek anlamına gelir. Yemin ederse hâkim, gasbedenin ikrar ettiği miktara hükmeder. Çünkü mal sahibi bir delil getirmediği sürece bunun üzerindeki miktar gasbedenin yemini ile ortadan kalkmıştır.

Hâkimin hükmetmesinden sonra cariye ortaya çıkarsa; tanık veya gasbedenin yeminden kaçınması yahut da gasbeden tarafından mal sahibinin iddia ettiği miktarın ikrar edilmesi ile değere hükmedilmişse, cariye gasbedene ait olur. Malı gasbedilen kişinin onda herhangi bir hakkı yoktur. Hâkimin değere hükmetmesi, gasbedenin yemin etmesinden sonra onun iddiası ile olmuşsa, malı gasbedilen kişi seçim hakkına sahip olur; dilerse gasbedenden aldığı miktarı ona geri vererek cariyesini geri alır. Dilerse bu miktarı elinde tutar, cariye üzerinde bir hakkı kalmaz.

Kerhî (rh.a.) şöyle demiştir: "Bu, cariyenin ortaya çıkmasından sonra değerinin, gasbedenin söylediğinden daha fazla olması durumunda geçerlidir. Cariye ortaya çıktıktan sonra onun değeri gasbedenin belirttiği kadar olursa cariyenin sahibi onu geri almayı seçme hakkı yoktur. Çünkü onun mülkünün bedeli kendisine tam olarak ödenmiştir." [11/67]

Zahirü'r-rivaye'de hüküm mutlak olarak anılmıştır, doğru olan da budur. Çünkü mal sahibine kendi iddia ettiği değer verilmeyince o, mal üzerindeki mülkiyetinin ortadan kalkmasına razı olmamıştır. Kendisi için seçim hakkı olması kendisi açısından rızanın gerçekleşmemesi nedeniyledir. Bu ise değere göre değişmez. Çünkü insan malı üzerindeki mülkiyetinin ortadan kalkmasına, onun değerinin misli verilse bile razı olmayabilir. Bütün bu görüşler bizim mezhebimizin (Hanefilerin) görüşleridir.

Şâfiî (rh.a.)'ye göre ise cariye efendisinin mülkünde kalmaya devam eder. Cariye ortaya çıktığında efendisi, gasbedenden aldığı değeri geri vererek cariyesini alır.

Hanefi mezhebimizin önceki âlimlerinden (mütekaddimûndan) bazıları (rh.a.) şöyle demiştir: "Bize göre; mülkiyet nedeni gasbeden üzerindeki ödeme borcunu pekiştirir. Ta ki bir kişinin mülkiyetinde aynı anda hem bedel hem de bedele karşılık olan şey (mübdel) bir araya gelmiş olmasın. Ödemeye tabi olan şeyler, ödeme ile mülk edinilir. Sözünün anlamı da budur." Ancak bu görüş doğru değildir. Çünkü bize göre mülkiyet gasp anından itibaren sabit olur. Bundan dolayı gasbedenin satışı geçerli olur. Kazanç da ona teslim edilir.

Hanefi mezhebimizin sonraki âlimlerinden (müteahhirûndan) bazları da (rh.a.) şöyle demişlerdir: "Gasp, ödemeyi yerine getirince mülkiyeti gerekli kılan nedendir." Bu görüş de bir kuruntudan ibarettir. Çünkü tazminatın ödenmesi durumunda gasbeden lehine, gasp anından itibaren gerçek bir mülkiyet sabit olmamaktadır. Bu nedenden dolayı çocuk ona teslim edilmez. Gasp, mülkiyetin nedeni olsaydı, bu nedenle mülkiyet tamam olunca bitişik ve ayrı fazlalıklara da sahip olması gerekirdi. Nitekim askıda olan satış, onaylama ile satış tamamlandığında alıcı mala, bitişik ve ayrı fazlalıkları ile birlikte sahip olur. Aynı zamanda yukarıdaki ibarede olumsuz bir durum da vardır. Çünkü gasp tamamıyla bir tecavüzdür. Mülkiyet ise rağbet edilen dini bir hükümdür. Bu nedenle onun nedeni de meşru ve rağbet edilen bir şey olur. Sırf tecavüz olan bir şeyin mülkiyete neden kılınması doğru olmaz. Çünkü bu insanları, rağbet ettikleri bir şeyi elde etmek için gasba isteklendirmek olur. Böyle bir şeyin dine dayandırılması caiz olmaz.

Gasbedenin mal bedelini ödemesi

Bu konuda söylenebilecek en doğru söz şudur: Gasp; malın kendisinin geri verilmesini gerektirir. Malın kendisini geri vermek imkansız olunca da mal sahibinin hakkını telafi etmek için onun değerini geri vermek gerekir. Sonra mülkiyet gasbedene ait olur. Çünkü değerin ödenmesine hükmedilmesi için bu koşuldur. Mülkiyet gasp nedeniyle başlı başına sabit olmaz. Bu nedenle gasbeden çocuğa sahip olamaz. Çünkü mülkiyet değere hükmetmenin koşulu idi. Çocuk ise değer ile ödenemez. O anasından doğduktan sonra anasına tabi olmaz. Bu nedenle de anası hakkındaki hüküm onun için de sabit olmaz. Bitişik fazlalık ise böyle değildir.

Çünkü o tamamen asıl mala tabidir. Kazanç da aynı şekilde yararın bedelidir. Bu nedenle o da tamamen tâbi olur. İster doğrudan ister koşul olarak hükmün tâbi olanda sabit olması, asılda sabit olması gibidir.

Şâfiî (rh.a.) görüşüne şu âyeti delil göstermektir:

لا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض منكم " Ey iman edenler! Karşılıklı rızaya dayanan ticaret olması durumu müstesna, mallarınızı batıl yollarla aranızda yemeyin." (en-Nisâ, 4/29)

Allahu Teâlâ başkasının malını yemeyi iki kısma ayırmıştır; batıl yolla yemek ve rızaya dayanan bir ticaret ile yemek. Yukarıda anılan mesele ise karşılıklı rızaya dayanan bir ticaret değildir. O durumda batıl yolla mal yemektir. **[11/68]**

Bundaki anlam da şudur; gasp tamamen bir tecavüzdür. Çünkü onda hiçbir açıdan mübah olma ihtimali yoktur. Bundan dolayı da adam öldürme gibi, mülkiyeti gerektirmez. Bunun etkisi daha önce bizim söylediğimiz gibi şudur; "mülkiyet meşru bir hükümdür. Bu yüzden meşru bir nedeni gerektirir. Tamamen tecavüz olan şey ise meşru olanın zıddıdır. Bir şeyin meşru olmasının en alt derecesi o şeye razı olunması ve onun mübah olmasıdır. Tamamen tecavüz olan şey ise bunun zıddıdır. Bu nedenle değeri ödemekle mülkiyetin sabit olması caiz değildir. Çünkü bu, telafi etmek suretiyle olan bir ödemedir. Bu ödeme gasp nedeni ile ortadan kalkan şey karşılığında olur. Gasp yolu ile ortadan kalkan şey mal sahibinin mülkü değil, hâkimiyetidir. Bundan da anlamaktayız ki bu ödeme, gasbedilen malın karşılığı değil, gasbedenin mal üzerindeki zilyedliği nedeni ile meydana gelen noksanın karşılığıdır. Bu nedenle siz (Hanefiler) şunu söylediniz: "Bir kişi başka bir kişinin gümüş bileziğini kırsa ve hâkim de onun değerinin ödenmesine hükmetse, sonra da değer teslim edilmeksizin her ikisi ayrılsalar hüküm batıl olmaz." Eğer bu, aynın bedeli olmuş olsaydı, sarf olurdu. Teslim olmadan ayrılmaları ile batıl olurdu. Bu ödemenin telafi nedeni ile olduğu sabit olunca telafi, var olan bir şeyi ortadan kaldırmakla olmaz. Aksine yitirilen bir şeyi diriltmekle olur. Kişinin malı üzerindeki mülkiyeti sabit idi. Malın değerine hükmedince bu mülkiyetin ortadan kalktığını kabul edersek, bu ödeme telafi olmaz, yitirtme olur. Değer aynın bedeli olsa bile, yalnızca malın kendisini verme umudu ortadan kalktığında yerine geçene başvurulur. Malın kendisinin ortaya çıkması durumunda bu şekildeki yerine geçene itibar edilmez. Bu şuna benzer; bir kişinin dişi sökülse ve kendisine tam bir yıl süre verilse sonra da kendisi lehine erşe (organ diyetine) hükmedilse, o da bunu teslim alsa, bunun ardından sökülen dişin yerine yenisi çıksa, erş olarak teslim aldığını geri vermesi gerekli olur. Onlar bu hususta görüşlerini desteklemek için müdebber[69] konusuna dayanmışlardır. Bununla bizim bütün söylediklerimiz açıklanmış olmaktadır. Çünkü müdebber

[69] **Müdebber Köle:** Özgürlüğüne kavuşması efendisinin ölümüne bağlanmış bulunan erkek köle. Bu durumdaki cariyeye ise "müdebbere" denir.

üzerinde gasp gerçekleşmektedir. Size göre müdebber üzerinde mülkiyet nedeni gerçekleşmemekte ve hâkimin değere hükmetmesi ile o, efendinin mülkiyetinden çıkmamaktadır. Değere hükmetmenin koşulu, mal üzerindeki mülkiyetinin sona ermesi olsaydı veya aynın bedeli ayn olsaydı, hâkim bu koşulun gerçekleşmediği hiçbir yerde değere hükmetmezdi. Bu, hâkimin hükmü ile tamam olursa efendinin müdebber üzerindeki mülkiyetinin ortadan kalkması gerekirdi. Nitekim hâkim müdebberin satılmasının caiz olduğuna hükmederse böyle olur.

Biz Hanefilerin bu konudaki delili şunlardır;

Peygamber (s.a.v.) gasbedilerek kızartılmış bir koyunla ilgili olarak şöyle buyurmuştur:

أَطْعِمُوهَا الْأَسَارَى

"onu esirlere yediriniz."[70]

Peygamber onun sadaka olarak verilmesini emretmiştir. Eğer onlar mala sahip olmuş olmasalardı onlara bu koyunu sadaka olarak vermelerini emretmezdi. Çünkü sahibi bilinen, başkasına ait bir mülkü sadaka olarak vermek caiz değildir. Bilakis onun mülkünün bizzat kendisi saklanır. Bu mümkün olmazsa satılarak onun bedeli korunur.

Bu meseledeki aklî delil de şudur; ödemeyi gerektiren gasp, değerli bir mal olan konuyla sınırlıdır. Bununla (gasbla), satışta ve sulhte olduğu gibi mümkün olduğunda mülkiyet sabit olur.

Bu meselenin gerekçesini şöyle açıklayabiliriz: Özgür bir insanı gasbetmek ödemeyi gerektiren bir tarzda gerçekleşmez. Çünkü o bir mal değildir. Müslümana ait şarabı gasbetmek de böyledir. Çünkü o değerli bir mal değildir. Bu gerekçenin etkisi şurada görülür: Nedenin yalnızca bir konuya ait olması, bu nedenin yalnızca bu konuya özgü bir hükme ait olmasındandır. Başkasına mülk edindirmenin geçerli olması yalnız değerli mal ile sınırlıdır. Ödemeyi gerektiren gasbın yalnızca değerli mallar ile sınırlı olmasından anlıyoruz ki gasbın hükmü yalnızca budur. Çünkü, tamamen tecavüz olan ve dokunulmaz olan bir zilyedliği ortadan kaldıran fiil değerli mal olan konu ile sınırlı değildir.

[11/69] Sonra bu meseledeki gerekçenin gerçeği şudur; Gasbedene gerekli olan ödeme, malın bedelidir. Nitekim malın değeri onunla belirlenir. Gasbedene gerekli olan şeye "aynın değeri" denir. Bu malın (aynın) mali değerine göre belirlenir. Diğer taraftan ödeme, istenilen bir şeyin karşılığıdır. Dirhemlerin sahibinin istediği, cüzdanının onlarla dolu olması değil, bizzat dirhemlerin kendisidir. Bundan anlaşılmaktadır ki ödeme, aynın bedelidir. Ödemeye hükmedilmesi yalnızca telafi

---

[70] Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, V/293; Dârekutnî, Sünen, IV/285; Taberânî, *el-Mu'cemü'l-evsât*, II/168; Tahâvî, *Şerh-u maâni'l-âsâr*, IV/208; Zeyleî, *Nasbu'r-râye*, IV/223.

nedeniyledir. Telafi mutlaka daha önce bir şeyin yitirilmiş olmasını gerektirir. Çünkü var olan bir şey değil ortadan kalkan bir şey telafi edilir. Malın değerinin ödenmesine hükmetmek zaruri olarak mal sahibinin onun üzerindeki mülkiyetinin ortadan kalkmasını gerektirir. Bu ödeme de böylelikle yitirilen şeyin telafisi olmuş olur.

İktizanın delaleti

Bir şeyin gerçekleştirilmesi bir koşulun gerçekleşmesine bağlı ise, o şeyi gerçekleştirmeye ihtiyaç olduğunda, koşul mutlaka o şeyin önüne alınır. Mesela kişi, bir başkasına "köleni benim adıma bin dirheme özgür kıl" der ve o kişi de özgür kılarsa, kölenin sahibinin köleyi özgür kılanın mülkü kılması, özgür kılma işleminden önce gerçekleşmiş olur. Çünkü özgür kılmanın gerçekleşmesi için köle üzerinde mülkiyet koşuldur. Ancak kişinin "benim adıma özgür kıl" sözünün başlı başına mülk edindirme (temlik) nedeni olması durumu bundan farklıdır.

Bu anlaşılınca şu mesele açıklığa kavuşmuş olur: Tamamen tecavüz olan şey ile; meşru, güzel bir şey sabit olmaktadır. Bu da malı yitirilmiş kişinin hakkını telafi etmek için değerine hükmetmektir. Sonra mal üzerinde mülkiyetin sona ermesi bunun koşulu olunca, bu meşru şey onunla sabit olur. Cinsi itibarıyla da güzel olur. Bundan dolayı karşılıklı teslim koşul değildir. Çünkü karşılıklı teslim, başka bir tasarrufun koşulu olan şeylerde değil, doğrudan mülkiyet nedeni olan şeylerde geçerlidir. Nitekim "köleni benim adıma bin dirheme özgür kıl" sözünde kabul koşul değildir. Çünkü kabul koşulu, başlı başına mülkiyet nedeni olan şeylerde olur. Başka bir şeyde koşul olanlarda değil. Bu nedenle biz şunu söyledik: "Gasbedilen şey, değerin ödenmesine hükmedildiğinde her ne kadar helak olmuş sayılsa da gasbedenin mülkü olur. Çünkü helak olan bir şey doğrudan mülk edindirmeyi (temliki) kabul etmediği durumda başka bir şeye koşul olursa, temliki kabul eder." Aynı şekilde şunu söyleriz: Gasbedenin iddiasına binaen mal sahibi malın değerini aldığında mal onun mülkiyetinde olmaya devam etmez. Ancak mal ortaya çıktığında, daha önceden kendisinin rızası tamam olmadığından malın kendisini veya bedelini alma konusunda seçim hakkına sahip olur. Nitekim alıcı satın aldığı malın kusurlu olduğunu görürse o da seçim hakkına sahip olur.

Müdebber'e gelince Muhammed (rh.a.)'in bu konuda izlediği iki yol vardır;

1. O meselede; cariyenin sahibinin değer üzerinde hakkı pekiştikten sonra, o cariye onun mülkü olarak kalmaya devam etmez. Bilakis bu koşulu gerçekleştirmek maksadıyla, onun mülkiyetinden çıktığı kabul edilir. Bu nedenle bundan sonra müdebber ortaya çıkmasa fakat kazancı ortaya çıksa bu kazanç, malı gasbedilen kişiye değil gasbedene ait olur. Müdebber ortaya çıktıktan sonra, onun hakkını korumak maksadıyla bu kazanç ona iade edilir. Çünkü bize göre özgür olma hakkı, onun lehine efendinin müdebber kılması ile sabit olmuştur.

2. Müdebber meselesinde değer aynın bedeli değildir. Çünkü değerin koşulu olan ayn üzerindeki mülkiyetin sona ermesi müdebber hakkında imkansızdır. Bu

nedenle bu gasbedenin meydana getirdiği eksilmenin yerine geçeni olarak kabul edilir. Ancak bu zaruret durumunda böyle olur. Koşulu meydana getirme imkanı olan hiçbir durumda, zaruret meydana gelmez. Bu durumda da ödeme, bu aynın bedeli kabul edilemez. Koşulun gerçekleştirilmesi mümkün olmayınca o bedel gasbedenin meydana getirdiği azalmanın yerine geçeni olarak kabul edilir.

Bunun benzeri iki mesele vardır:

Birincisi özgür kılma ödemesidir. Çünkü ödeme bedeli; kölenin özgür kılanın mülkü edindirilmesi koşulunun gerçekleştirilmesi mümkün olan bütün durumlarda kölenin karşılığıdır. Müdebber ve onlara (Şâfiîlere) göre ümmü veled gibi bu koşulun gerçekleştirilme imkanı olmayan durumlarda ise ödeme, aynın (kölenin) bedeli olarak kabul edilmez.

[11/70] Sulh ödemesi de böyledir. Kişi karşılıklı rızaya dayanarak malın değerini alınca, aynın başkasına mülk edindirmenin (temlikinin) mümkün olduğu bütün durumlarda alınan şey, aynın bedeli olur. Aynın temlikinin muhtemel olmadığı bütün durumlarda ise alınan şey gasbedenin yaptığı suçun karşılığı olur.

Aynı şekilde mal sahibi hâkimin hükmü ile değeri (bedeli) aldığında da durum böyledir.

Şâfiî'nin delil getirdiği âyet; ticarete dayanmak suretiyle başkasının malını yemenin caiz olduğunu ifade etmektedir. Bu âyet cevazın yalnızca ticarete özgü olduğunu ifade etmemektedir. Sonra bir açıdan bu meselede karşılıklı rızaya dayanan ticaret anlamı da bulunmaktadır. Çünkü burada mal sahibi malı ortaya çıkıp onu geri alıncaya kadar bekleme hakkına sahiptir. O, malın değerini almasının mal üzerindeki mülkiyetini ortadan kaldıracağını bildiği durumda değerini talep edince buna razı olmuş olur. Çünkü ancak bir koşulla ulaşılabilen bir şeyi talep eden kişi, istediği şeye razı olduğu gibi, koşula da razı olmuş olur.

Bir kişi başkasına ait bir cariyeyi gasbedip onunla cinsel ilişkide bulunsa ve cariye bu adamdan bir çocuk doğursa, sonra cariyenin sahibi gelip o cariyenin kendisine ait olduğunu iddia etse, kendisinin bu konuda tanıkları bulunmasa fakat cariyeyi elinde bulunduran kişi bunu ikrar etse, onun bu ikrarı ne cariye ne de çocuk hakkında doğrulanmaz.

Çünkü cariyenin ümmü veled olması, çocuğun da gerçekten özgür olması görünüş açısından sabittir. Çünkü bir şey kimin elinde bulunuyorsa görünüşte onun mülkü olur. Bu nedenle bu konuda zilyed ile (elinde bulunduranla) başka bir kişi anlaşmazlığa düşseler zilyedin sözü esas alınır. Hâkim cariye ve çocuğun haklarını iptal etme konusunda zilyedin sözünü doğrulamaz. Onun sözü, kendisi aleyhine ikrar ettiği şey hususunda doğrulanır. Bu kişi cariyenin kendi elinde gasbedilmiş olduğunu ve cariyenin kendisini geri verme imkansız duruma geldiğinde onun değerini ödeyeceğini ikrar etmiştir.

Onun kendi fiili ile (cinsel birleşme) cariyeyi geri vermesi imkansız duruma geldiğinden cariyenin değerini, lehine ikrarda bulunduğu kişiye ödemesi gerekli olur.

Muhammed (rh.a.) "çocuğun değerini ödemez" demiştir. Ukr[71] konusuna değinmemiştir. Bu mesele Züfer ve Ebû Yusuf (rh.a.)'un ihtilafları arasında anılmıştır. Şöyle ki;

Züfer'e göre gasbeden hem çocuğun değerini hem de cariyenin ukr'unu öder. Ebû Yusuf'a göre bunu ödemez.

Züfer (rh.a.)'in delili şudur; gasbeden kendisine ukr'un gerektiğini ikrar etmiştir. Çünkü o, cariye kendi elinde gasbedilmiş bir durumda iken onunla birleştiğini ikrar etmektedir. Başkasının sahip olduğu kadınla birleşmek ya haddi (cezayı) veya ukr'u (mehri) gerektirir. Şüphe nedeni ile had düştüğünden ukr gerekli olur. Aynı şekilde gasbeden, çocuğun lehine ikrar yaptığı kişiye ait olduğunu ikrar ederse, çocuk da anası gibi gasbedenin elinde alıkonulduğundan onun da değerini öder. Çünkü gasbeden çocuğu satmakla onun değerini öder. Yahut da gasbeden, mağrur (evlendiği kadının özgür olduğu söylenerek aldatılan kişi) gibi kabul edilir. Mağrurun çocuğu, bedelinin ödenmesi ile özgür olur. Mağrur da cariyenin değerini cariyenin gerçek sahibine öder. Bu mesele de onun gibidir.

Ebû Yusuf (rh.a.)'un delili şudur; gasbedenin üzerine gerekli olan ödeme onun ikrarı ile gerekli olmuştur. O, ukr'un gerekli olduğunu ikrar etmemiştir. Bilakis haddin gerekli olduğunu ikrar etmiştir. Çünkü gasbedilen cariye ile ilişkide bulunmak, gasbedene ukr'u değil haddi gerektirir. Aynı şekilde gasbedilen kadının çocuğu da gasbeden tarafından ödenmez. Ancak cariyenin efendisi ister de men ederse o zaman ödenir. Halbuki burada çocuğu men etme olmamıştır. Bilakis o dinen özgür olduğu için geri verilmesi imkansız olmuştur. Bu, ölüm nedeni ile geri verilmesinin imkansız olması gibidir. Bundan anlamaktayız ki gasbeden kendisi üzerine ne ukr'un ne de çocuğun değerinin gerekli olduğunu ikrar etmiştir. Bunun için kendisine bunlar gerekli olmaz.

Gasp fiili ile ilgili tanık getirmek

Dâvacı, bir başkasının elinde bulunan kadının kendi cariyesi olduğuna ve o kişinin cariyeyi gasbettiğine dair tanık getirirse, cariyenin ve çocuğunun onun olduğuna hükmedilir. Çünkü tanıklar ile sabit olan şey gözle görerek sabit olmuş gibidir.

Muhammed (rh.a.) burada ukr'u anmamıştır. Dâvacı lehine ukr'a hükmedilmesi gerekir. Çünkü dâvalı olan zilyed inkar edince, onun inkarı haddi düşürme konusunda bir şüphe oluşturmuştur. Ancak diğer taraftan dâvalının, **[11/71]**

---

[71] **Ukr / العقر** : Sözlükte; asıl, kök, evin ortası, kasidenin en iyi beyti, mehir gibi anlamlara gelir. Fıkıh ıstılâhında; mehr-i misil anlamında kullanılmakla birlikte kendisiyle herhangi bir şüphe sonucu cinsel ilişkiye girilen kadına, mehrine denk gelecek oranda verilen tazminata da denir. Aynı şekilde, gasp yoluyla yapılan bir cinsel ilişkiden dolayı, kadına diyet olarak verilen bedele de "ukr" denir.

başkasının mülkü olan cariye ile birleştiği de tanıklar ile ispat edilmiştir. Bu nedenle ukr ödemesi gerekir.

Tanıklar onun gasbettiğini söylemese ve cariyeyi elinde bulunduran kişi de bunu ikrar etmese ancak "ben onu falancadan satın aldım" dese, cariyenin tanık getiren kişiye ait olduğuna hükmedilmesi istendiğinde hâkim, cariyeyi elinde bulunduran kişinin bir iddiası olmadığı durumda dâvacıya "Allah'a andolsun ki ben o cariyeyi satmadım ve satılmasına izin de vermedim" diye yemin ettirir mi?

Muhammed (rh.a.) bu konuda şunları söylemiştir: Cariyeyi elinde bulunduran kişi bir iddiada bulunmadıkça hâkim o kişiye bunlarla ilgili herhangi bir yemin ettirmez. Çünkü hâkim anlaşmazlıkları körüklemek için değil bilakis sonuca bağlamak için atanmıştır. Diğer taraftan yemin ettirme geçerli bir iddia sonrasında olur. Zilyed bunu iddia etmeyince yemin ettirmenin bir anlamı yoktur. Zilyed iddiada bulunursa o zaman o kişiye yemin ettirilir. Çünkü bu durumda zilyed, karşı tarafın ikrar etmesi durumunda onun için bağlayıcı olacak bir şeyi onun aleyhinde iddia etmiş olur.

Ebû Yusuf (rh.a)'tan rivâyet edildiğine göre; zilyed bir talepte bulunmasa bile kendi verdiği hükmü korumak için, hâkim o kişiye yemin ettirir.

Cariyeyi elinde bulunduran kişi, cariyeyi satıcıdan teslim aldığına dair tanık getirirse, cariyenin sahibi satıcıdan cariyenin bedelini alır. *Çünkü tanıklar ile sabit olan şey bizzat görme ile sabit olan şey gibidir. Diğer taraftan sonradan satışa onay vermek, baştan ona izin vermek gibidir.*

İlk kişi (cariyeyi sahibinden gasbeden kişi) ve cariye, bu satıştan önce gasbedenin cariyeyi özgür kıldığı konusunda birbirini doğrulasalar (ortak bir ifadede bulunsalar) bu konuda onların sözleri kabul edilmez. Çünkü satışın ispat edilmesi ve cariyenin sahibinin satışı tanıklar ile onaylaması ile artık cariye alıcının mülkü olmuştur. Alıcının mülkünü iptal etme konusunda o ikisinin sözleri kabul edilmez. Ancak cariye, alıcı kendisini satın almadan önce ilk kişinin kendisini özgür kıldığına dair tanıklar getirirse özgür olur. Çünkü o, delil ile kendisine sahip olan bir kişi tarafından özgür kılınmak suretiyle özgürlüğüne kavuştuğunu ispat etmiştir. Bu durumda satışın da batıl olduğu anlaşılır. Alıcı satıcıya verdiği bedeli geri alır. Alıcı cariyeye ukr'unu da öder. Çünkü o kadın özgür olduğu durumda alıcı onunla mülkiyet ihtimaline binaen cinsel ilişkide bulunmuştur. Cariyeden doğan çocuk ise, hiçbir değer ödemeksizin alıcının olur. Çünkü *çocuk özgürlük konusunda annesine tâbidir.* Kadının özgür olduğu tanıklar ile sabit olmuştur. Alıcının aldatılması yüzünden değil de bu nedene binaen çocuk anasından özgür olarak doğar. Bundan dolayı alıcı çocuğun değerini borçlanmaz.

Kişinin erkek kardeşinin cariyesini satın alması

Bir kimse bir cariye satın alsa ve cariye bir çocuk doğursa, sonra cariyeyi satın alanın erkek kardeşi cariyenin kendisine ait olduğuna dair tanıklar getirse; cariyenin, çocuğunun ve cariyenin ukr'unun ona ait olduğuna hükmedilir.

Çünkü burada çocuğun özgür olması, kardeşin mülkiyeti nedeni ile değil, aldanma nedeni iledir. Çünkü erkek kardeşin çocuğu, ancak amcası ona sahip olduktan sonra özgür olur. Halbuki burada çocuk aslen özgürdür. Çocuk dâvacının mülkiyetine girmemiştir ki çocuğun özgür olması akrabalık nedeniyle kabul edilsin. Çocuğun özgürlüğünün aldanma nedeni ile olduğu sabit olunca, aldatılan kişinin çocuğu, değeri ödenmek suretiyle özgür olur. Ömer ve Ali (r.a.) da bu şekilde hüküm vermişlerdir. Alıcı aldatılmış olması nedeni ile satıcıya ödediği bedeli ve çocuğun değerini geri alır. Ukr'u geri alamaz. Çünkü ukr, cariye ile cinsel ilişkide bulunma lezzetinin bir karşılığı olarak kendisine gerekli olmuştur. Bunu başkasından geri alamaz.

Gaspedilen maldan meydana gelen fazlalığın telef edilmesi

Bir kişi; bir cariye, koyun veya inek gasbedip, gasbettiği şey bir yavru dünyaya getirse, sonra gasbeden onu boğazlasa, satsa veya kullansa, yavru bu nedenden ölse, ölüm zamanındaki değerini öder.

Çünkü yavru onun elinde emanettir. Gasbeden; boğazlamak veya ölünceye kadar kullanmak suretiyle onu telef etmiş ve (satma durumunda da) satmak ve teslim etmek suretiyle ona karşı bir tecavüzde bulunmuştur. Bundan dolayı değerini öder. Nitekim kendisine emanet bırakılan bir kişi, belirttiğimiz şeyleri emanete karşı yapsa o da öder.

[11/72]

Kişi bunlardan hiçbirisini yapmamakla birlikte anne onun elinde ölse, mal sahibi annenin gasp zamanındaki değerini gasbedene ödettirebilir. Çocukları alabilir.

Çünkü ödemenin gasbedene gerekli olması ile gasbedenin anne üzerinde mülkiyeti dinen sabit olur. Bu mülkiyet çocuğa geçmez. Çünkü *zaruri olarak sabit olan bir şey, zaruret yerini aşamaz*. Çünkü ödemenin asıl nedeni gasbdır. Ödemenin gerekmesi annenin ölümünden sonra gerçekleşir. Onun ölümünden önce ise gerekli olan bizzat kendisini sahibine geri vermektir. Mülkiyet de aynı şekilde ödeme ile sabit olmaktadır. Bundan anlaşılır ki gasp anında gasbeden için mülkiyetin hükmü sabit olur. Kendisi değil. Bu mülkiyet, çocuğun değil cariyenin kazancının gasbedene teslimi için yeterlidir. Özgürlük sözleşmesi (kitabet akdi) ile bu sözleşmeyi yapan köle (mükâtep) için sabit olan mülkiyet de böyledir. Bu nedenle özgürlük sözleşmesi yapan kölenin kazancı efendisine ait olmaz. Ama onun çocukları efendisine ait olur. Efendinin çocukları özgür kılması geçerli olur.

Bir kimse, değeri bin dirhem olan bir cariyeyi gasbetse, daha sonra cariyenin değeri iki bin dirhem olsa, sonra da başka bir kişi hata ile cariyeyi öldürse, cariye sahibi seçim hakkına sahiptir; dilerse gasbedene

kendi malından derhal bin dirhem ödettirir. Dilerse cariyeyi öldüren kişinin âkılesinden[72] üç yıl zarfında iki bin dirhem ister. Çünkü hem gasbeden, hem de cariyeyi öldüren, cariyenin sahibine karşı suç işlemiş (cani) konumundadır. Bu nedenle de o, dilediğine ödettirme konusunda seçim hakkına sahiptir.

Cariyenin sahibi gasbedene ödettirirse, gasp itibarıyla ona ödettirebilir. Bu durumda cariyenin gasp anındaki değerine bakılır.

Gasp nedeni ile olan ödeme gasbeden üzerine derhal gerekli olur. Çünkü bu ödemenin gerekli olması gasbedilen şeyin mali değeri itibarıyladır. Sonra gasbeden, cariyeyi öldürenin âkılesinden, üç yıl zarfında iki bin dirhem toplar. Çünkü gasbeden, cariyenin değerini ödediğinde ona sahip olur. Bu durumda cariyeyi öldüren kişinin, gasbedenin mülküne karşı bir cinâyet işlemiş olduğu ortaya çıkar. Bundan dolayı da gasbeden, cariyeyi öldürenin âkılesinden üç yıl zarfında iki bin dirhem toplar. Yahut da cariyenin sahibi onun değerini gasbedene ödettirdiğinde, cariyeyi öldürenin âkılesinden parayı toplama hususunda onu kendi yerine koymuş olur.

Cariyenin sahibi, katilin âkılesinden parayı toplamayı tercih ederse, cariyenin ölüm zamanındaki değeri olan iki bin dirhemi üç yıl zarfında onlardan alır.

Çünkü öldürme itibarıyla gerekli olan, can bedelidir. Bu da âkıle üzerine veresiye olarak ödenmesi gereken bir borçtur. Gasbeden de âkıleden böyle toplar. Sonra bu para içinden, gasbedene cariyenin efendisine ödediği bin dirhem teslim edilir. Geri kalan bin dirhem de sadaka olarak verilir. Çünkü bu bin dirhem habis (temiz olmayan) bir yoldan – daha önce yaptığı gasp yolu ile- kazanılmıştır. Diğer taraftan bu, kendi mülkünde meydana gelmemiş bir kârdır. Nasıl ki kişinin kendi ödeme yükümlülüğünde meydana gelmemiş olan kârı sadaka olarak vermesi gerekiyorsa bunun da sadaka olarak verilmesi gerekir.

Cariyenin hem gasp tarihinde hem de öldürüldüğü tarihte değeri on bin dirhem ise cariyenin efendisi seçim hakkına sahiptir; dilerse gasbedene gasp nedeni ile kendi malından on bin dirhemi derhal ödettirir. Dilerse öldürenin âkılesine, öldürme nedeni ile dört bin dokuz yüz doksan (4990) dirhemi üç yıl zarfında ödettirir.

---

[72] **Âkıle / العاقلة** : Sözlükte diyet manasına olan "akl" türemiş bir kelime olup "diyet ödeyen topluluk" anlamına gelir. Dini bir terim olarak; bir kasıt olmaksızın işlenen cinayetin diyetini ödemekle yükümlü olan kişilerdir. Bunlar genelde katilin, kabîle ve aşiret gibi mensubu bulunduğu topluluk fertler veya suçlunun da aralarında bulunduğu bir kütükte yazılı olanlardır. Bir birlik sancağı altında hareket eden, belli bir kütükte yazılı olan belirli maaş veya prim alan, muharip sınıfından olan kimselerin hepsi âkıle olur. Bunların hiçbiri yoksa hazine âkıle işlevi görür.

Çünkü öldürme nedeni ile gerekli olan can bedelidir. Cariyenin can bedeli tıpkı özgür kadının can bedeli gibi beş bin dirhemden fazla olamaz. Kölelik nedeni ile bu bedelden on dirhem düşülür. Başka bir rivâyete göre beş dirhem düşülür. Cariyenin sahibi gasbedene ödettirirse gasbeden, ya ödeme nedeni ile malı gasbedilen kişinin yerini aldığından veyahut da katilin cinâyetinin onun mülküne yönelik olduğu ortaya çıktığından öldürenin âkılesinden 4990 dirhem alır.

Gasp edilen cariyenin diyeti gerektiren bir cinâyet işlemesi

Gasbedilen cariye gasbedenin elinde iken yanlışlıkla ile bir adam öldürse efendisi onu alarak cinâyet bedeli olarak katilin velilerine teslim eder veya öldürülen kişinin bedelini ödeyerek onu kurtarır. Çünkü cariye, gasbedildikten sonra da efendisinin mülkü olmaya devam eder. Kölenin işlediği cinâyet; efendisinin onu öldürülenin velilerine vermesini veya bedelini ödeyerek kurtarmasını gerektirir. Efendi bunlardan hangisini yaparsa; cariyenin değeri ile onu kurtarmak için ödediği bedelden hangisi daha az ise gasbedenden onu öder. [11/73]

Çünkü efendinin bu bedeli ödemesi, cariyenin gasbeden elinde iken yaptığı fiil nedeni ile olmuştur. Gasbedilen cariyenin yaptığı cinâyet (öldürme ve yaralamalar) onu gasbedenin ödeme sorumluluğundadır. Nitekim gasbedenin cariyeye yönelik cinâyeti (öldürme ve yaralaması) de gasbedenin ödeme sorumluluğu altındadır. Diğer taraftan cariyenin gasbedenin elinde iken işlemiş olduğu cinâyet nedeni ile cariyenin öldürdüğü kişinin yakınları cariye üzerinde hak sahibi olunca, gasbedenin cariyeyi efendiye geri vermesi gerçekleşmemiştir. Gasbeden sanki cariyeyi efendisine geri vermemiş gibidir. Bundan dolayı efendi ondan cariyenin değerini alır. Ancak efendinin cariyeyi kurtarmak için ödediği bedel, cariyenin değerinden az ise efendi daha az olan bedeli gasbedenden geri alır. Çünkü, daha az olan üzerindeki fazlalığı yüklenme konusunda o seçim hakkına sahiptir. Çünkü o daha az olanı seçmekle bu işin içinden çıkabilir.

Cariye cinâyet işledikten sonra gasbedenin yanında iken ölürse, efendi gasp nedeni ile cariyenin değerini gasbedenden alır. Bunu cinâyete maruz kalan kişinin velilerine verir.

Çünkü cariye cinâyeti işleyince onların hakkı olmuştu. Şu anda o ölmüş geriye bedeli kalmıştır. Veliler de cariye üzerinde hak sahibi olmaları dolayısıyla bedeli hak ederler.

Efendi değeri onlara verince gasbedenden bir kez daha cariyenin bedelini alır.

Çünkü daha önce onun aldığı bedel, cariyenin gasbeden yanında iken yaptığı fiil nedeni ile elinden alınmıştır. Hem de değeri geri almak, malın kendisini geri almak gibidir. Efendi cariyeyi gasbedenden alıp, cinâyete maruz kalanın velilerine verseydi, gasbedenden cariyenin değerini geri alırdı. Aynı şekilde cariyenin değerini

ondan alıp cariyenin işlediği cinâyet nedeni ile velilere verdiğinde de onun değerini gasbedenden yeniden alır.

Akarların gasp ve telef edilmesi

Bir kişi başkasının evini gasbederek orada otursa ve onun oturması nedeni ile veya yaptığı bir fiil nedeni ile ev yıkılsa gasbeden bunu öder. Çünkü ev onun fiili ile yıkılınca kendisi telef etmiş olur. Telef, taşınabilir mallarda gerçekleştiği gibi akarlarda (taşınmaz mallarda) da gerçekleşir.

Ev, gasbedenin bir fiili olmaksızın yıkılırsa Ebû Hanîfe ve Ebû Yusuf (rh.a)'un son görüşüne göre gasbedenin ödeme borcu yoktur. Çünkü onlara göre ödemeyi gerektiren gasp akarlarda gerçekleşmez. Hüküm nedene dayanır.

Bu meselenin aslı şudur: Kıyas'a göre akarlar gasp ile ödenmez. Bu, Ebû Hanîfe ile Ebû Yusuf (rh.a)'un son görüşüdür. İstihsan'a göre ise ödenir. Bu da Ebû Yusuf'un ilk görüşü ile Muhammed ve Şâfiî (rh.a)'nin görüşleridir.

Onların (istihsanın hükmünü kabul edenlerin) delilleri şudur; Peygamberimiz (s.a.v.) şöyle buyurmuştur:

من غصب شبرا من أرض طوقه الله تعالى يوم القيامة من سبع أرضين

"Kim bir karış miktarı bir yeri gasbederse, kıyamet gününde Allah yedi kat yeri onun boynuna geçirir."[73]

Bu hadiste Nebi (s.a.v.) "gasp" sözünü akarlar için kullanmıştır. Örf açısından da böyledir. Nitekim "falancanın evi gasbedildi" denilir. Hüküm bakımından da; akarlarda gasp dâvası dinlenilir. Bu nedenledir ki akarı elinde bulunduran kişi; kendi elinin emanet eli olduğuna dair tanık getirse bile bu dâva ortadan kalkmış olmaz. Akarlarda gasbın olduğu anlaşılınca, gasbın hükmü de bunun üzerine kurulur.

Buradaki anlama gelince;

Şâfiî (rh.a.) şöyle demektedir: "Araziler el koymakla sahip olunmaktadır. Aynı şekilde el koyarak gasbedildiğinde ödemeyi gerekir. Nitekim taşınabilir mallar da böyledir." Bu gerekçeyi şöyle açıklayabiliriz: Gaziler bir beldeyi fethettiklerinde onların akarlarına sahip olurlar. Bu gerekçenin etkisi de şöyle açıklanabilir: Daha önce belirttiğimiz gibi Şâfiî'nin prensibine göre gasbın tanımı: "Haksız yere başkasının malı üzerinde zilyetlik kurmak suretiyle tecavüzde bulunmaktır." Bu anlam, hem akarlar hem de taşınabilir mallar hakkında söz konusu olmaktadır.

Muhammed (rh.a.) şöyle demektedir: "Akar, hem caiz hem de bozuk akit nedeniyle ödenmektedir. Taşınabilir mallarda olduğu gibi gasp nedeni ile de ödenir." Bunun açıklaması şöyle yapılabilir: Gasp nedeniyle ödemenin gerekli olması, malı nakletmek suretiyle mal sahibinin tasarruf ve hâkimiyetini yitirtmeye

[11/74]

[73] Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, I/396; Buhârî, Bedü'l-halk 2; Müslim, Tahrîmu'z-zulm 138; Tirmizî, Diyât 21; Taberânî, *el-Mu'cemü'l-kebîr*, X/216; Heysemî, *Mecmau'z-zevâid*, IV/311.

dayanmaktadır. Ancak bu taşınabilen şeylerde böyledir. Taşınamayan şeylerde ise, hükmü isbat etmek için başka bir şey onun yerine (taşımanın yerine) konur. Bu da; oturmak ve sahibini çıkarmak suretiyle mümkün olan en üst derecede akarı ele geçirmektir. Nitekim; mahkemeye getirilmesi mümkün olan taşınabilir mallarda dâvanın ve tanıklığın geçerli olmasının koşulu mala işaret etmektir. Akarlarda bu mümkün olmadığından, arazinin sınırlarını söylemek bunun yerine konmuştur. Yine bölünmesi mümkün olan mallarda hibenin tamam olmasının koşulu, taksimden sonra hibe edilenin malı teslim almasıdır. Taksimi mümkün olmayan mallarda (akarlarda) tahliye (boşaltma) bunun yerine konur. Bu nedenle Muhammed (rh.a.) buna istihsan ile verilen hüküm demiştir.

"Anılan durumda gasbedenin arazi sahibine yönelik fiili, onun akarına girip orada oturmasına engel olmaktadır" denilmesi bir anlam taşımamaktadır. Çünkü sahibinin malı üzerindeki zilyedliğini yitirtme ile amaçlanan şey, yani mülkiyetin menfaat ve yararları/semereleri, sahibine engel olmakla meydana gelmektedir. Ödemeyi gerektirme açısından; gasbedenin ödemeye tabi olmayan bir şeydeki fiilini, ödemeye tabi olan bir şeydeki fiili yerine koymak mümkündür. Bu şuna benzer; (umuma açık bir) yolda (izinsiz olarak) kuyu kazan bir kişinin fiili yoldan gelip geçenlere değil, yola yöneliktir. Sonra tazminatı gerektirme açısından bu kişinin yoldaki fiili, gelip geçenlerden kuyuya düşene karşı yapılmış bir fiil yerine konur. Bu mesele de onun benzeridir. Hatta bu meselede fiilin diğer fiil yerine konması daha önceliklidir.

Ebû Hanîfe ile Ebû Yusuf'un son görüşünün delili ise şudur:

Peygamber (s.a.v.), akarı gasbeden kişinin cezasının ahirette azap olduğunu belirtmiş, dünyada ödenmesini söz konusu yapmamıştır. Bu, hadiste anılan cezanın; akarın gasbeden için gerekli olan cezanın tümü olduğuna delildir. Eğer ödemek gerekli olsaydı Peygamber (s.a.v.)'in ödemeyi açıklaması (ahiretteki cezayı açıklamaktan) daha öncelikli olurdu. Çünkü buna daha çok ihtiyaç vardır. Akarlar hususunda Peygamber (s.a.v.)'in "gasp" ifadesini kullanması, akarlarda ödemeyi gerektiren gasbın gerçekleşeceğine delil olamaz. Çünkü dinî tabirde hakikat ve mecaz kullanılmaktadır. Görmez misin Peygamber (s.a.v.) şu hadisinde satma sözcüğünü özgür kişiye yönelik olarak kullanmıştır:

مَنْ بَاعَ حُرًّا ...

"Kim özgür bir kişiyi satarsa..."[74] Bu, gerçekten hükmü gerekli kılan satışın özgür kimse için düşünülebileceğine delil olmaz. Aynı şekilde dil örfünde de hakikat ve mecaz vardır. Nitekim insanlar akarlarla ilgili olarak gasp ifadesini kullandıkları gibi "hırsızlık" ifadesini de kullanmaktadırlar. Dinde de bu şekilde

[74] Abdurrezzak, *Musannef*, X/193; Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, II/358; Buhârî, Buyû' 106; İbn Mâce, Ruhûn 4; Dârekutnî, Sünen, III/16; Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, VI/14.

kullanılmıştır. Halbuki akarlar hakkında hükmünü gerektiren hırsızlık söz konusu olmaz. Hem biz de gasbın aslının akarlarda gerçekleştiğini kabul ediyoruz. Ama ödemeyi gerektiren gasp gerçekleşmemektedir. Çünkü akar, taşınabilen şeylerden değildir.

Bunu şöyle açıklayabiliriz: ödeme, mal sahibinin elinden çıkan şeyi telafi etmek için gerekli olur. Taşıma / nakletme dışında mal üzerinde başka herhangi bir fiille mal sahibinin zilyedliğinin kaybolması gerçekleşmemektedir. Çünkü mal sahibinin zilyedliği bir yerdeki malı üzerinde sabit olunca, bu mal bu yerde kaldığı sürece hükmen devam eder. Ancak nedenine girişmek, suretiyle bu malı başka yere naklederse durum farklıdır. Hakikat açısından da; gasbeden evde otursa bile ev sahibi evine girme ve orada oturma kudretine sahiptir. Gasbeden, ev sahibini engellerse bu engelleme mülke değil mâlike karşı yapılmıştır. Gasbedenin mâlike karşı hareketi onun malı üzerindeki zilyedliğini ortadan kaldırmaz. Gasbedenin bu fiili ödeme nedeni olamaz. Nitekim gasbeden, koyunları telef oluncaya kadar koyunların sahibini hapsetse bu fiili, koyunların değerini ödeme nedeni olamaz. Bu yüzdendir ki taşıma olmaksızın boşaltma ile menkul mallar ödenmez. Akarlar da böyledir. Dinin hükmü gerektirmesine izin verdiği şeylerde hükmü gerektiren nedenin yerine bir başka şeyi koymak izlenilen bir yoldur. Gasp ise dinin izin vermediği bir şeydir. Hüküm de buna engel olmaktadır. Böyle iken başka bir şeyi onun yerine koymakla nasıl hükmen sabit olabilir? Ancak fiil, gerçekleşebileceği bir yerde olursa hükmü sabit olur. Gerçekleşemeyeceği bir yere rastlarsa hüküm sabit olmaz. Bu şuna benzer: Bir kişi cinsel organında birleşmeye engel bir perde bulunan bir kadınla zina etse ve organların kavuşması için elinden geleni yapsa, bu yolla şehvetini gidermiş olsa bile kendisine had cezası gerekli olmaz. Çünkü zina fiilinin haddi bu yerde gerçekleşmiş olmamaktadır. Bu durumda başka bir şey onun yerine konamaz. Kişinin amacına ulaşmış olması da dikkate alınmaz. Bu mesele bu yönü ile akit nedeni ile olan ödemeden farklı olmaktadır. Çünkü bunu hüküm gerektirmektedir. Bu nedenle hüküm yoluyla ispatı caiz olmaktadır. Bozuk akit caiz akde kıyas edilir. Çünkü bozuk akit, hükmünü bilme konusunda asıl kabul edilemez. Din, bozuk akdi emretmez. Yine dâva ve tanıklık esnasında akarın sınırlarını belirtmek de tanım konusunda işaretin yerine konulabilir. Çünkü bu, hükmün gerektirdiği bir şeydir. Din buna izin vermektedir. Hibe meselesinde hibe edilenin malı teslim alması da böyledir. Din buna izin verdiğinden mümkün olan yolla teslim almanın gerçekleştirilmesine başvurulur.

[11/ 75]

Eğer Muhammed (rh.a.)'in dediği gibi; "kişinin akarın sahibine yönelik fiilini, mala yönelik fiili yerine koymak" doğru olsaydı taşınabilir mallarda buna başvurulması daha öncelikli olurdu. Çünkü zilyetlik ile taşınabilir bir malı korumaya olan ihtiyaç, akarı korumaya olan ihtiyaçtan daha fazladır. Yolda kazılan kuyuya düşen malın ödemenin gerekli olması Muhammed (rh.a.)'in belirttiği nedenden değildir. Hükmü nedene bağlamak mümkün olmayınca koşulu neden –ki bu da

malı nakletmektir- yerine koymaktan dolayıdır. Neden olan bilinmediğinde yola kuyu kazan kişi yolun kullanımını ortadan kaldırdığı için malın kuyuya düşmesinin koşulu olarak tesbit edilmiştir. *Hükmü nedene bağlamak imkansız olduğunda, koşulu nedenin yerine koymak dinde kabul edilen temel kurallardandır.* Telef etmede bu açıdan gerçekleşmektedir. Bizim meselemize gelince; akarın sahibine yönelik fiil ne koşul ne de nedendir. Bununla hükmen mal sahibinin var olan hâkimiyetini ortadan kaldırma gerçekleşmemektedir. Görmez misin kuyu meselesinde; kuyuyu kazan kişinin malı bizzat kendisinin kuyuya atması durumunda telef etme fiili ondan meydana geldiği durumda, kuyu onun yerine konmaktadır. Burada da fiilin gerçek olabileceği durumlarda kişinin akarın sahibine yönelik fiili, mala yönelik fiil yerine konmaz.

Muhammed (rh.a.)'in *"ez-Ziyâdât"* adlı kitabında andığı şu mesele, buna ters düşmez: "Kişi, bir başkasına içindeki eşyalarla birlikte bir ev hibe etse, sonra hibe edilen kişi eşyaları taşımadan önce eşyalar telef olsa sonra da eşyaların gerçek sahibi çıkarak hak iddia etse, bu kişi hibe edilen kişiye ödettirebilir." Bu, bizim yukarıda belirttiğimize ters düşmez. Çünkü bu meselenin hükmünde tartışılması gereken hususlar vardır. Denildiğine göre bu Muhammed (rh.a.)'in kendi görüşüdür. Bunun Muhammed (rh.a.)'in kabul ettiği prensibe aykırı olduğu da söylenmiştir. Çünkü o, taşınabilir malların taşınma olmadan ödenmeyeceği konusunda bizimle aynı görüşü paylaşmaktadır. O *"es-Siyerü'l-Kebîr"* adlı kitabında bunu açıkça ifade etmiştir.

Sonra bu hükmün gerekçesi şudur; hibe eden, kendi zilyedliğini hibe ettiği kişiye geçirmiştir. Hibe eden kişinin eşyalar üzerindeki zilyedliği, o eşyaların gerçek sahibinin zilyedliğini ortadan kaldırmakta idi. Bu durum aynen hibe edilen kişiye geçmiştir.

Eğer "Kişi taşınır bir mal satın alsa, sonra satıcı malı teslim alma konusunda alıcıyı malla başbaşa bıraksa, sonra da mal, taşınmadan önce telef olsa, bunun ardından malın gerçek sahibi ortaya çıktığında malı alıcıya ödettiremez. Bu gerekçe bizim meselemizde de bulunmaktadır" denilirse buna şu şekilde cevap veririz: Durum bu şekilde değildir. Satım akdi alıcının mala malik olmasını ve mal üzerinde zilyetlik kurmasını gerektirir. Alıcının zilyedliği, satıcının zilyedliği gibi kabul edilemez. Hibe ise hibe edilen şeyin hibe edilen kişiye teslimini gerektirmez. Bu nedenle teslim ile, hibe eden kişinin kendi zilyedliğini hibe ettiği kişiye geçirdiğini kabul etmek doğru olur. İşte bu yolla mal sahibi, malın değerini gasbedenden malı gasbeden kişiye de ödettirebilir. Çünkü gasbedenden bir malı gasbeden kişi, gasbedenin zilyedliğini kendisine geçirmiştir. Bu zilyetlik, mal sahibinin zilyedliğini ortadan kaldıran bir hâkimiyettir. Bu aynen ikinci gasbedene geçmiştir. **[11/76]**

Muhammed (rh.a.) *"el-Asl"*da başka bir noktaya daha değinerek şunları söylemiştir:

"Kişi izinsiz olarak başkasının evine girse ve evin bir duvarı yıkılsa bunu ödemez. İzinsiz olarak başkasının hayvanına binse ve hayvan ölse veya bir başkasının elbisesini giyse de elbise yansa öder."

Bunun anlamı şudur; Akar, ele geçirilmekle ödenseydi, taşınabilir mallarda olduğu gibi nedenlerin ilki olan girmekle ödenirdi. Ancak Muhammed (rh.a.)'in bu hükümdeki gerekçesi açıktır. Çünkü ödeme, malı ele geçirip onun üzerinde zilyetlik kurmakla gerekli olur. Bu da akara girmekle değil, oturmakla olur. Görmez misin bir kişi bir evin miras yolu ile kendisine ait olduğunu iddia etse, tanıklarda dâvacının babasının eve girerek orada öldüğüne tanıklık etseler, dâvacı bununla bir şeye hak kazanamaz. Tanıklar dâvacının babasının orada otururken öldüğünü iddia etseler bu tanıklık ile dâvacı, lehine hüküm verilmesine hak kazanır. Çünkü tanıklar, babanın ölümü sırasında evin zilyedliğinin babaya ait olduğuna tanıklık etmektedirler. Elbise ve hayvan ise böyle değildir. Çünkü kişinin yalnızca hayvana binmesi ve elbiseyi giymesi ile bunlar üzerinde zilyedliği sabit olur. Bu nedenledir ki tanıklar, dâvacının babasının bu elbiseyi giyerken veya bu hayvana binerken öldüğüne tanıklık etseler, dâvacı bu tanıklıkla bunların kendi lehine hükmedilmesine hak kazanır. Çünkü elbise onu giyene, hayvan da binene tâbidir. Bununla ilk konuya dayanıldığı ortaya çıkmış olmaktadır.

Gasıbın gasbettiği şeyi sattıktan sonra gaspı ikrar etmesi

Bir kimse bir evi gasbettikten sonra satıp teslim etse sonra da evi gasbettiğini ikrar etse, ev sahibinin tanıkları yoksa, gasbedenin ikrarı alıcı hakkında geçersizdir. Çünkü alıcı görünüş açısından evi satın almakla ona sahip olmuştur. Bundan sonra alıcının mülkünü iptal etme konusunda satıcının sözü kabul edilmez.

Ebû Hanîfe ve Ebû Yusuf (rh.a)'un son görüşüne göre gasbeden kişinin mal sahibine ödeme borcu yoktur. Çünkü gasbeden kendisi aleyhine gasbı ikrar etmektedir. Çünkü başkasının malını satma ve teslim etme gasbdır. Ebû Hanîfe ve Ebû Yusuf (rh.a.)'a göre akarlar hakkında ödemeyi gerektiren gasp söz konusu olmaz.

Muhammed (rh.a.) "Tanıklıktan dönme" konusuna dair yazdığı kitapta şunları anmıştır: Tanıklar bir evin bir kişiye ait olduğuna tanıklık etseler, hâkim de buna hükmetse, sonra tanıklıklarından dönseler evin değerini, aleyhinde tanıklık ettikleri kişiye öderler. Bunun Muhammed (rh.a)'in görüşü olduğu söylenmiştir. Bu görüşün delili şudur; tanıkların yaptıkları tanıklıkla evi başkalarının hükmü altına vermeleri, gasbedenin evi satıp teslim etmekle başkasının hükmü altına vermesi gibidir. Bu görüşün bütün lara ait olduğu da söylenmiştir.

Ebû Hanîfe ve Ebû Yusuf (rh.a.)'un her iki meselede farklı hüküm vermelerinin nedeni şudur; diğer meselede aleyhine tanıklık yapılan kişinin mülkünün telef edilmesi tanıkların tanıklığı ile olmuştur. Bu nedenle kişi mülkiyetin kendisine ait olduğuna dair tanık gösterse tanıklık kabul edilmez. Akar telef ile ödenir. Burada

ise mülkiyetin iptal edilmesi satma ve teslim etme ile olmamıştır. Aksine mal sahibi mülkiyetini tanıklar ile ispat edememektedir. Görmez misin mal sahibi onun kendi mülkü olduğuna dair tanık getirse, onun lehine hüküm verilir. Bundan dolayı gasbeden ödemez. Ancak kendisine emanet bırakılan kişinin emaneti inkar etmesinin hükmü buna ters düşmektedir. Şöyle ki; emanet bırakılan akar, emanet bırakılan kişi tarafından inkar edilirse bunda mülkiyeti telef etme olmadığı durumda ödemeye tabi olur. Bu nedenle akarın sahibi tanıklar getirirse, akarın ona ait olduğuna hükmedilir. Bu meselede doğru olan görüş şudur: Bırakılan bir emanetin inkar edilmesi gasp gibidir. Ebû Hanîfe ve Ebû Yusuf (rh.a.)'un son görüşüne göre bu akarlarda ödemeyi gerektirmez.

[11/77]

Gasbedilen maldan elde edilen menfaatlerin ödenmesi

Bir kişi bir köle veya hayvanı gasbedip kiraya verse sonra da onun kira gelirini elde etse bu gelir gasbedene ait olur. Çünkü gelir, gasbedenin yaptığı akit ile gerekli olmuştur. "Kaybolan şeyler"le ilgili bölümde biz bu meseleyi açıklamıştık. Diğer taraftan menfaatler ancak akitle değerli olur. Akdi yapan kişi de gasbedendir. Kölenin menfaatlerini (hizmetini) akit ile mal durumuna dönüştüren gasbeden olduğuna göre bu akdin bedeli de ona ait olur.

Muhammed (rh.a.) *"el-Asl"* adlı kitapta şöyle demektedir: "Bu kira bedeli niçin kölenin sahibine ait olmuyor? Diye Ebû Hanîfe'ye sordum. O da şu şekilde cevap verdi: Çünkü köle başkasının ödeme yükümlülüğü altında bulunuyordu."

Ebû Hanîfe hükmün gerekçesini bu şekilde belirtmekle sanki Peygamber (s.a.v.)'in şu hadisine işaret etmektedir:

الخراج بالضمان

"Bir şeyin menfaatı ödeme sorumluluğu karşılığındadır."[75] Köle, gasbedenin ödeme yükümlülüğü altında bulunduğundan, yaptığı akit ile köleyi kiralayana teslim etmeyi köle sahibi değil gasbeden üstlenmiştir. Bu nedenle kira bedeli de kölenin sahibinin değil, gasbedenin olur.

Gasbedene bu kira bedelini sadaka olarak vermesi emredilir.

Çünkü o bunu kirli bir yoldan elde etmiştir.

Köle ölürse gasbeden onun değerini öder.

Kölenin değerini ödemesi durumunda ödemede, köleyi kiralamasından elde ettiği gelirden yararlanabilir.

Çünkü bu gelir kendisinin (gasbedenin) mülküdür. Bu miktarı aşan kısmı; parçayı bütüne kıyas etme yolu ile sadaka olarak verir.

---

[75] Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, VI/49; Ebû Dâvûd, Buyû' 71; Tirmizî, Buyû' 53; Nesâî, Buyû' 15; İbn Mâce, Ticârât 43.

Eğer "Kölenin değeri gasbedenin zimmetinde bulunan bir borçtur. Borcunu sadaka olarak verilmesi gereken maldan ödeyen kişi, ödediği kadarını borçlanır" denilirse buna şu şekilde cevap veririz: Evet böyledir. Ancak bunu sadaka olarak vermesi gasbeden üzerine kesinleşmemişti. Görmez misin gasbeden bu kazancı köle ile birlikte efendisine teslim etse kölenin sahibi bunu alabilir. Gasbedenin de bundan başka bir şey ödemesi gerekmez. Gasbeden yaptığı fiil ile kazancı köle sahibine teslim etmiş olur. Sonra da kölenin sahibi aldığı bedele karşılık gasbedeni diğer miktardan ibra etmiş olur. Kazançtaki kirlilik de böylece ortadan kalkar. Gasbedenin onun bedelini sadaka olarak vermesi gerekmez.

Gasbedilen maldan elde edilen geliri, onun değerini öderken kullanmak

Gasbeden, hayvanı satıp onun bedelini alsa, daha sonra bu bedeli harcasa, sonra da hayvan alıcının elinde ölse, hayvanın sahibi hayvanın değerini alıcıya ödettirirse, alıcı, kendisinden hayvanın değeri geri alınması ile satış işlemi batıl olduğu için gasbedene ödediği bedeli ondan geri alır. Gasbeden, aldığı bedeli alıcıya geri öderken hayvandan elde ettiği gelirlerden yararlanamaz.

Çünkü bu kazançtaki kirlilik, alıcının hakkı nedeni ile olmadığından, kazancının ona verilmesi ile bu kirlilik ortadan kalkmaz. Halbuki ilk meselede kirlilik, malikin hakkı nedeni ile olduğundan kazancın ona verilmesi ile ortadan kalkmaktadır.

Ne var ki gasbedenin elinde, alıcıya vermesi gereken bedeli karşılayacak bir şey yoksa bu durumda gasbedenin, alıcıya geri vereceği bedeli hayvandan elde ettiği kazançtan ödemesinde bir sakınca yoktur.

Çünkü gasbeden zimmetini borçtan, kendisini de hapisten kurtarmaya ihtiyaç duyar. Onun bu ihtiyacı fakirlerin hakkının önüne geçer.

Gasbeden bundan sonra herhangi bir mal elde ederse, kölenin bedelini maddi durumu iyi iken tüketmişse, bu bedel miktarınca sadaka verir. Eğer bedeli tükettiğinde buna muhtaç idiyse, bundan herhangi bir şeyi sadaka olarak vermesi gerekmez.

Çünkü kendisine ödemenin gerekli olması, kölenin bedelini tüketmesi itibarıyladır.

Gasbeden, kölenin bedelini değil de ondan elde ettiği kazancı tüketse; eğer muhtaçsa bundan herhangi bir şeyi sadaka olarak vermesi gerekmez. Eğer zengin ise tükettiğinin tıpkısını sadaka olarak vermesi gerekir. Bedeli tüketmesi durumunda de böyledir.

Bizim bu hükmü vermemizin nedeni şudur; fakirlerin bu maldaki hakkı, onların buluntu mal (lukata) üzerindeki hakları gibidir. Yani bir kişi bulduğu bir mali dilerse sadaka olarak verme veya sahibine geri verme yetkisine sahiptir. Sonra

[11/78]

malı bulan muhtaçsa onu kendi ihtiyacına harcayabilir. Zengin ise harcayamaz. Gasbedilen köleden elde edilen gelirin hükmü de böyledir.

Gasbedilen şeyden yararlanan kişinin ücret ödemesi

Gasbeden gasbettiği evde oturmasından veya hayvana binmesinden dolayı mal sahibine herhangi bir ücret ödemez. Muhammed (rh.a.) bunun gerekçesini şu şekilde belirtmektedir: "Çünkü o ödemeye yükümlüdür."

Bunun anlamı şudur: Malın ödenmesi onun mal olma özelliği (ekonomik değeri) ve değerli olması itibarıyladır. Malın ekonomik değeri ve değerli olma özelliği ise maldan yararlanma şekline bağlıdır. Bu nedenle maldan yararlanma şeklinin farklı olmasına göre malın değeri değişir. Malın ödemenin gerekli olması için maldan yararlanma özelliği dikkate alındığından, maldan sağlanacak yararın ödemenin gerekli olması hususunda doğrudan bu yararın kendisi dikkate alınmaz. Maldan elde edilen yarar, o maldan sağlanan kazanç gibidir. Biz kazanç konusunda "menfaat, ödeme yükümlülüğüne bağlıdır" diye belirtmiştik. Maldan yararlanma konusunda da böyledir.

Ancak Muhammed (rh.a.)'in ileri sürdüğü gerekçe ev konusunda geçerli olmamaktadır. Çünkü evde oturan kişi Ebû Hanîfe ve Ebû Yusuf (rh.a.)'a göre evin ödemesini yüklenmiş değildir. Daha doğru olan bu meseleyi önceki asla dayandırmaktır. Şöyle ki; Menfaatler, aynda kısım kısım meydana gelen fazlalıklardır. Daha önce açıkladığımız gibi biz Hanefilere göre gasbedilen şeyin fazlalıkları ödemeye tabi değildir. Şâfiî (rh.a.)'ye göre ödemeye tabidir. Menfaatler de böyledir. Şâfiî'ye göre ödemeyi gerektiren gasp, kişinin mal üzerinde zilyetlik kurması ile meydana gelmektedir. El koyma ayn konusunda gerçekleşebileceği gibi menfaatlerde de gerçekleşebilir.

Biz Hanefilere göre ise gasp, ancak sahibinin zilyedliğini ortadan kaldırmakla gerçekleşir. Menfaatlerde zilyedliği ortadan kaldırma söz konusu değildir. Çünkü menfaatler iki vakitte devam etmezler (sürekli değildirler). Bu nedenle menfaatlerin daha önceden mal sahibinin elinde olup sonradan gasbedenin eline geçmesi düşünülemez ki gasbeden, mal sahibinin menfaatler üzerindeki zilyedliğini yitirtmiş olsun!. Bundan dolayı biz Hanefilere göre gasbeden menfaatleri ödemez.

Telef etmeye gelince; Bize göre bir akit veya akit şüphesi olmadan maldan elde edilen yararlar telef etme ile ödenmez. Şâfiî (rh.a.)'ye göre ise ödenir. Bu konuda özgür kişinin yararı (onu kiraya vermekle elde edilen gelir) de eşittir (ödenir). Bu nedenle kişi özgür bir kişiyi zorla kendi işinde çalıştırsa, Şâfiî'ye göre ecr-i mislini (emsal ücreti) öder. Biz Hanefilere göre ise kişi bu fiilinden dolayı günahkâr olur. Tedip edilir. Ama hiçbir şey ödemesi gerekmez.

Şâfiî (rh.a.)'nin delili şudur; menfaat değerli bir maldır. Bundan dolayı aynın (eşyanın) telef edilmesi durumunda olduğu gibi telef ile ödenir. Burada illeti şöyle açıklayabiliriz: Mal, yanımızda bulunan şeylerden bizim çıkarlarımızı gerçekleştirmek üzere yaratılmış olan şeye verilen isimdir. Bizden veya başkasından

olan menfaatler (hizmetler) de bu niteliğe sahiptir. Bir şeyin mal olması onun mal edinilmesi ile bilinir. İnsanlar menfaat üzerinde ticaret yapmakla onu mal edinmeyi âdet edinmişlerdir. Çünkü insanların en çok ticaret yapanı satıcılardır. Onların sermayesi de menfaattir. Satım işiyle uğraşan kişi kâr elde etmek için toptan kiraladığı şeyi ayrı ayrı kiraya verir. Aynı şekilde toptan satın alır, ayrı ayrı satar. Yine çocuğun velisi onun malını onun adına kiraya verir. Bu kira akdi çocuk hakkında geçerli olur. Bundan da anlaşılmaktadır ki menfaatler de ekonomik değer taşıma noktasında eşyalar (ayn) gibidir. Menfaat mehir olmaya da elverişlidir. Bir şeyin mehir olarak geçerli olabilmesi için mal olması koşuldur. Şâfiî özgür kişinin menfaatleri konusunda, bunların telef etme ile ödeneceğini söylemiştir. Ancak kişi özgür birisini hapsederse onun menfaatlerini ödemez. Çünkü hapseden kişi onun menfaatlerini telef etmediği gibi, onun üzerinde zilyetlik de kurmamıştır. Bilakis hapsedilen kişinin menfaatleri, tıpkı üzerindeki elbisesi gibi kendi elindedir. Kişi, bir başkasını hapsetmekle nasıl onun üzerindeki elbiseyi ödemiyorsa aynı şekilde onun menfaatlerini de ödemez. Şu da var ki menfaat mal olmasa bile değerlidir. Çünkü menfaat, aynların değerini belirler. Bu durumda onun bizzat değerli olmaması imkansızdır. Diğer taraftan menfaatler akitle başkasının mülkiyetine verilir. Yine akit geçerli olsun, geçersiz olsun ona bağlı olarak ödenir. Akitle ancak, can ve cinsellikten yararlanma gibi mal olmasa bile değerli olan şeyler başkasının mülkü edilir. Şu durumda bunlar telef etme
[11/79] durumunda da ödenir. Bozuk akit sayesinde ayn ile menfaat arasında ekonomik değer taşıma konusunda benzerlik olduğu meydana çıkar. Çünkü bozuk akit nedeni ile ödeme, telef etmede olduğu gibi dinen akit konusu olan şeyin benzeri ile yapılır. Misk kokusu böyle değildir. Başkasının miskini koklayan bir kişi hiçbir şey ödemez. Çünkü koku bir menfaat değildir. Bilakis o, tıpkı odundan çıkan duman gibi ayn'dan çıkan bir buhardır. Bu nedenle de kira akdi ile başkasının mülkü yapılmaz. Hatta kişi koklamak için misk kiralasa caiz olmaz. Akit geçerli olsun geçersiz olsun ödemede bulunulmaz.

Biz Hanefilerin bu konudaki delillerimiz ise şunlardır; Ömer ve Ali (rh.a.)'nin hadisinde yer aldığına göre onlar mağrurun çocuğu hakkında onun değeri ödenmek suretiyle özgür olduğuna hükmetmişler ve mağrurun[76] cariyeyi ukr'u[77] ile birlikte geri vermesini gerekli kılmışlardır. Onlar mağrurun cariyeyi kendi

---

[76] **Garar / الغرر:** Bilinmezlik, belirsizlik, cehalet, sonu mechul. Akit konusunun meydana gelip gelmeyeceğinin belirsiz, mechul olması. Bu ve benzeri bir belirsizlikle aldanan kimseye "mağrûr" denir. Buradaki mağrûrdan maksat başkasına ait bir cariyenin kendisine satıldığı kişidir.

[77] **Ukr / العقر** : Sözlükte; asıl, kök, evin ortası, kasidenin en iyi beyti, mehir gibi anlamlara gelir. Fıkıh ıstılâhında; mehr-i misil anlamında kullanılmakla birlikte kendisiyle herhangi bir şüphe sonucu cinsel ilişkiye girilen kadına, mehrine denk gelecek oranda verilen tazminata da denir. Aynı şekilde, gasp yoluyla yapılan bir cinsel ilişkiden dolayı, kadına diyet olarak verilen bedele de "ukr" denir. Burada "ukr" şüpheli cinsel ilişki nedeniyle mehre karşılık olarak verilen tazminat anlamındadır.

hizmetinde kullandığını bildikleri durumda, bu hizmetin bedelini kendisine gerekli kılmamışlardır. Dâvacı bütün haklarını istediği bir durumda eğer hizmetin bedeli de gerekseydi Ömer ve Ali (r.a.)'nin bunun hükmünü açıklamaksızın susmaları helâl olmazdı. Onların ukr'u açıklamaları, hizmetin ödenmesi konusunda bir açıklama yerine geçmez. Çünkü cinsel birleşme yolu ile elde edilen şey ayn'ın bir kısmı hükmündedir. Bu nedenledir ki menfaatin aksine şüphe durumunda o değerli olur.

Bu hükümdeki gerekçe (illet) şudur; menfaat değerli bir mal değildir. Bu nedenle şarap ve domuz gibi telef edilmekle ödenmez.

Menfaatlerin mal olması

Bu gerekçeyi şöyle açıklayabiliriz: Bir şeyin ekonomik değer taşıması ancak onun mal edinilmesi ile sabit olur. Mal edinme ise bir şeyi koruma ve ihtiyaç anı için saklamak demektir. Menfaatler ise iki anda devam etmez. Sürekli var olmazlar. Bilakis onlar arazdır. Menfaatler var olur olmaz ortadan kalkar. Bu nedenle menfaatlerin mal edinilmesi düşünülemez. Bundan dolayıdır ki alacaklılar ve mirasçılar hakkında menfaatler değerli mal olmazlar. Hatta ölüm hastalığı sırasında bir kişi başkasına bizzat yardım etse veya ona âriyet olarak bir şey verse de o da bunun menfaatlerinden yararlansa, ölenin malının üçte birinin bu menfaatler için yeterli olup olmamasına itibar edilmez. Çünkü değerli bir şey var olmadan önce meydana gelemez. Olmayan bir şey değerli olmakla nitelenemez. Çünkü yok olan şey, gerçekte bir şey değildir. Meydana geldikten sonra ise de geçirmeden değerli olmaz. Halbuki iki vakit (yani sürekli olarak) varlığını devam ettiremeyen şeylerde, meydana geldikten sonra elde etme mümkün olmaz. Öyleyse o nasıl değerli olabilir?

Buna göre şunları söyleriz: Menfaatler hakkında telef etme de düşünülemez. Çünkü telef etme, bulunmayan bir şey hakkında söz konusu olamaz. Menfaat var olduktan sonra telef etmenin kendisine yönelmesine kadar varlığını devam ettirmez. *(Bir nedene bağlı olarak meydana gelen hükümlerde) Neden gerçekleşmeden hükmü var kılmak caiz değildir.* Menfaatler üzerinde akit yapıldığında ise kıyasa aykırı olarak menfaatler için elde etme ve değerli olma hükmü dinen sabit olur. Bu da yararlanılan malı, zaruret ve ihtiyaç nedeniyle menfaat yerine koymakla olur. Tecavüz durumunda böyle bir zaruret yoktur. Bu nedenle de malın kendisi dikkate alınır. Malın gerçeğini dikkate aldığımızda ise menfaat açısından değerli olma ve telef etme söz konusu olmaz.

Mehir ve velinin kiralamasında ise eld etme ve değerli olma hükmü ihtiyaç nedeni ile ortaya çıkar. Mal; bizim çıkar ve yararlarımızı yerine getirmek için yaratılmış şeylere verilen isimdir. Ancak bu, mal edinme ve elde etme itibarıyladır. Malın değeri menfaatin farklı olmasına göre değiştiği gibi, güzel kokunun değeri de kokunun farklı olmasına göre değişir. Bu onun değerli mal olduğunu göstermez. Menfaatin değerli mal olduğunu kabul etsek bile, o ekonomik değer taşıma (maliyyet) noktasında ayn'ların (şeyin kendisinin) altındadır. Tecavüz nedeni

ile olan ödeme delilin emri ile malın benzeri ile ölçülür. Görmez misin mal, borç ile borç da ayn ile ödenmez. Çünkü ayn borcun üstündedir. Aynı şekilde menfaatler de ayn ile ödenmez.

[11/80] Bu sözü şöyle açıklayabiliriz: Menfaat, ayn ile kaim olan (ayna bağlı olan) bir arazdır. Ayn ise arazın kendisine bağlı olduğu cevherdir. Herkes bu ikisi (cevher ve araz) arasındaki farkı bilir. Menfaatler varlıklarını sürekli devam ettirmezler. Aynlar ise varlıklarını belirli süre devam ettirirler. Varlığını devam ettiren ile ettirmeyen arasında büyük fark vardır. Ayn telef edilmesi durumunda hiçbir surette menfaat ile ödenmez. Bir şeyin başkasının benzeri olması, diğerinin de bunun benzeri olmasını gerektirir. Menfaatin telef edilmesi durumunda bu menfaat bir başka menfaat ile ödenemez. Nitekim bir kişinin başkasının evine el koyması nedeniyle diğerinin de onun evine kısıtlama koyması durumunda, bu menfaatlerden biri diğerinin dengi olamaz. Menfaat ile menfaat arasındaki benzerlik/denklik, ayn ile menfaat arasındaki benzerlikten daha kuvvetlidir. Mesele bu yönü ile akit nedeni ile menfaatlerin ödenmesi meselesinden ayrılmaktadır. Çünkü asıl itibarıyla akit ödemesi benzerlik üzerine dayanmamaktadır. bilakis karşılıklı rızaya dayanmaktadır. Akitle elde edilmek istenen şey kâr olduğu durumda bu ödeme nasıl ayn ile menfaatin benzerliğine dayandırılabilir?

Sonra akit nedeni ile olan ödeme meşrudur. *Meşru olan şeyde genişlik ve imkana itibar edilir.* Bu nedenle akit bozuk olsun caiz olsun, ödeme karşılıklı rıza itibarıyla gerekli olur. Akit nedeni ile olan ödemede kaçınmamız mümkün olmayan farklılıklara itibar edilmez.

Telef etmeye gelince; o gayr-i meşru ve haram bir fiildir. Onun ödemesi delil ile dengi olarak belirlenmiştir. Telef etmede, telef olan şeyin değerinden daha fazlasını gerekli kılmak caiz değildir.

Şu söylenilebilir: "Haksızlığı ortadan kaldırmak ve insanların mallarının menfaatlerini telef etmeyi engellemek için bu farklılık dikkate alınmaz. Çünkü menfaati telef edilen kişi haksızlığa uğramıştır. Bu farklılık dikkate alındığında onun hakkı tamamen ortadan kalkar. Haksızlığa uğrayan kişiyi kollamak haksızlık yapanı kollamaktan daha iyidir. Çünkü menfaat ile mal arasındaki farklılık bir nitelik farkıdır. Bu farklılığı dikkate almadığımızda telef edenin nitelik üzerindeki hakkını ortadan kaldırmış oluruz. Ancak farklılığı dikkate aldığımızda malı telef edilenin telef edilen şey üzerindeki hakkını tamamen kaldırmış oluruz. Mutlaka bunlardan birini feda etmek gerekirse, niteliği feda etmek, aslı feda etmekten daha önceliklidir."

Buna şu şekilde cevap veririz: Biz insanların bunu yapmalarını engellemek için tazir[78] ve hapis cezalarını gerekli kıldık. Ancak kaybı telafi etmek için ödemeyi

[78] **Ta'zîr / التعزير:** Sözlükte; edeplendirmek, terbiye etmek anlamında kullanıldığı gibi yüceltip saygı göstermek manasına gelen karşıt anlamlı bir kelimedir. İslam hukuku terimi olarak ise; dînen

gerekli kılmak, ancak telef edilenin dengi ile olur. Fazlası caiz değildir. Bir kimse haksızlık yaptığında buna karşılık olarak ona haksızlık yapılamaz. Onun malının dokunulmazlığı devam etmekle birlikte ondan haksızlığa uğrayanın hakkı alınır. Eğer biz onun telef ettiğinden fazlasını ona gerekli kılarsak, bu dine dayandırılan bir haksızlık olur. Çünkü ödemeyi gerekli kılan dindir. Dine haksızlık dayandırmak ise caiz değildir. Dengini gerekli kılmak imkansız olduğundan dolayı ödemeyi gerekli kılmamak, bizim hakkımızda sabit bir zaruret nedeniyle olmuştur. Bu zaruret, telef olanın tıpkısı ile hükmetme imkanımızın olmayışıdır. Bu doğru olmakla birlikte haksızlığa uğrayanın (mazlumun) hakkı kaybolmuş değildir. Bilakis onun hakkı âhirete bırakılmıştır.

Eğer biz fazlalığı gerekli kılarsak, bu fazlalık malı telef eden hakkında heder olur. Bununla hakkı temelinden iptal edilmiş olur. Bu durumda bizim daha önce dediğimiz "Ödemede denkliğe itibar edilir. Denkliğe itibar etmeden ödemeye hükmedilmez" görüşü adalete daha uygun olmaktadır.

Gasp konusunda tarafların ihtilafı

(Gasbedilen) hayvanın sahibi, hayvanın gasbedenin binmesi sonucu onun elinde telef olduğuna dair tanık getirse, gasbeden de hayvanı ona geri verdiğine ve mal sahibinin elinde öldüğüne dair tanık getirse, gasbeden hayvanın değerini öder.

Çünkü hayvanın sahibi gasbeden üzerine değerin gerekli olma nedenini isbat etmektedir. Gasbeden ise bunu ortadan kaldırmaktadır. Çünkü hayvanın, sahibinin yanında ölmesi hiçbir kimseye ödemeyi zorunlu kılmaz. Deliller, iddianın ispatı içindir. İddianın ortadan kaldırılması için değil.

[11/81]

Eğer "Gasbedene ödemenin gerekli olmasının nedeni açıklar. O tanıklar ile kendisini ödemeden kurtaran bir şeyi –yani hayvanı sahibine geri verdiğini- isbat etmektedir. Onun tanıkları kabul edilmeye daha layıktır" denilirse buna şu şekilde cevap veririz: Evet böyledir. Ancak geri vermenin sabit olması mal sahibinin, malın gasbedenin binmesi sonucu helak olduğunu isbat etmesine engel değildir. Çünkü gasbeden hayvanı geri verdikten sonra ona binmiş de hayvan onun binmesi nedeni ile ölmüş olabilir. Bu nedenle biz onun tanıklarını kabul edilmeye daha layık gördük.

Aynı şekilde hayvanın sahibinin tanıkları, gasbedenin onu öldürdüğüne veya evi yıktığına tanıklık etseler, gasbedenin tanıkları ise onu bulunduğu durum üzere sahibine geri verdiğine tanıklık etseler, gasbeden değerini öder. Çünkü gasbeden hayvanı geri verdikten sonra öldürmüş olabilir. Aynı şekilde evi geri verdikten sonra yıkma fiili kendisinden meydana gelebilir. Bu durumda gasbeden üzerine ödemeyi

belirlenmiş olan cezalardan daha hafif nitelikte olup had ve kefaretin öngörülmediği suçlara verilen cezalara denir.

gerektiren yeni bir nedeni ispat konusunda mal sahibinin tanıklarının kabul edilmesi gerekir. Çünkü gasbeden tanıkları ile bu nedeni reddetmektedir.

Hayvanın sahibi, hayvanının gasbedenin elinde iken öldüğüne dair tanık getirse, gasbeden de onu geri verdiğini sonra da hayvanın sahibinin elinde öldüğüne dair tanık getirse, Ebû Hanîfe'ye göre önceki meselede olduğu gibi burada da mal sahibinin tanıklarının sözü kabul edilir.

Çünkü malı geri verdikten sonra gasp tekrar gerçekleşebilir. Mal sahibi, tanıkları ile yeni bir gasp nedenini -ki bu da hayvanın ölüm esnasında gasbedenin elinde bulunmasını- ispat etmiş olmaktadır. Bunun için onun lehine ödemeye hükmedilir.

Muhammed (rh.a.)'e göre ise burada gasbedenin tanıklarının sözü kabul edilir. Çünkü tanıkların sözü malın geri verildiğini ve gasbedenden ödemenin düştüğünü ispat etmektedir. Sonra burada mal sahibinin tanıklarının sözünde yeni bir gasbı ispat eden bir durum yoktur. Görünen tanıkların daha önceki gasba tanıklık etmiş olmalarıdır. Çünkü malın geri verilmesi onlar için gizli /bilinmeyen bir durumdur. Onlar gasp olayını bildiklerinden istishâb yolu ile bunun devam ettiğine hükmetmişler ve hayvanın gasbedenin elinde öldüğüne tanıklık etmişlerdir. Gasbedenin tanıkları ise daha önceden gasbı bilmekle birlikte, sonradan hayvanın geri verilmesini de bilmişler ve buna tanıklık etmişlerdir. Önceki mesele böyle değildir. Çünkü hayvanı öldürmek, evi yıkmak, hayvana binme nedeni ile onu telef etmek; tanıkların bizzat görmedikçe daha önce gasbı bilmelerine dayanarak tanıklık yapamayacakları yeni bir nedendir.

Gasbedenin gasbettiği şeyi başkasına hibe etmesi

Gasbeden, gasbettiği elbiseyi birine hibe etse, o da bu elbiseyi giyse ve elbise yırtılsa veya gasbeden birisine yemek hibe etse o da yemeği yese sonra da malı gasbedilen kişi gelerek hibe edilen kişiye bunu ödettirse, hibe edilen kişi ödediği şeyi biz Hanefilere göre kendisine hibe edenden (gasbedenden) alamaz.

Şâfiî (rh.a.) ise bunu alabileceğini söylemiştir. Onun delili şudur; kendisine hibe edilen kişi, hibe eden hibe akdi ile mülkiyeti kendisine gerekli kılıp ona kendi mülkünü hibe ettiğini, hiç kimse tarafından kendisinden ödeme istenmeyeceğini haber vermekle aldatılmıştır. Aldatılan kişi kendi zararını ortadan kaldırmak için, ödediği tazminatı kendisini aldatandan alır.

Biz Hanefiler ise şöyle demekteyiz: Hibe edilen kişi malı teslim alma ve yeme konusunda kendisi adına tasarrufta bulunmaktadır. *Kendisi adına tasarrufta bulunan kişi bu tasarrufu ile ödemeyi yüklenir. Ödediği tazminatı başka kimseden geri alamaz.* Aldatılan kişiye gelince bu konuda şunları söyleriz: Mücerret olarak haber vermek suretiyle aldatma, aldanan kişiye ödediğini ondan geri alma hakkını vermez. Nitekim bir kişi başka birisine "şu yol güvenlidir" dese, o kişi de o yoldan giderken hırsızlar kendisinin malını alsa veya bir kişi diğerine "bu yemek güzeldir"

dese, gerçekte yemek zehirli olsa, diğeri de bu yemeği yiyerek ölse, bütün bu durumlarda haber verene (aldatana) ödeme gerekmez.

Ödeme akitlerinde aldatma iki nedenle ödediğini geri alma hakkını verir:

1. Ödeme akdi ile, ayıpsız /kusursuz olma hak edilmiş olur. Malın başkasına ait olmasından daha büyük bir kusur olamaz. Akdi yapanın hak ettiği şeyin ortadan kalkması nedeni ile onun ödediğini geri alma hakkı doğar. Teberru akdinde ise kendisine hibe edilen kişi, malın kusursuz olması hakkına sahip değildir. Bu nedenledir ki hibe edilen kişi kendisine hibe edilen malın kusurlu olduğunu görse onu geri iade edemez. Aldatılma nedeniyle de ödediğini geri alamaz. [11/82]

2. Ödeme akdi hükmü ile bir şeyi teslim alan kimse, bir açıdan mal sahibi için çalışmaktadır. Çünkü bu akitle mal sahibinin malın fiyatı olan bedelde hakkı sabit olmaktadır. Bu akit ile malı teslim alan kimse herhangi bir ödeme yükümlülüğü ile karşılaştığında ödediği tazminatı, malı teslim edenden geri alır. Kendisine hibe edilen kişi ise her bakımdan kendisi için çalışmaktadır. Çünkü mal sahibi kendi lehine hiçbir şeyi koşul koymamıştır ki bu diğer tarafın teslim alması ile sabit duruma gelsin.

Buna göre kişi başka bir kişiye bir cariye hibe etse o da cariyeden çocuk sahibi olsa, sonra cariyenin gerçek sahibi gelerek; cariyeyi, ukr'unu ve çocuğun değerini ondan alsa, kendisine hibe yapılan kişi, hibe yapandan hiçbir şey geri alamaz.

Ancak bu kişi cariyeyi satın alsaydı durum farklı olurdu. Çünkü satın alma durumunda, alıcı çocuğun değerini satıcıdan geri alır. Çünkü satıcı ödeme akdi nedeni ile çocuğun alıcıya teslim edilmesini garanti etmiştir. Çocuk alıcıya teslim edilmeyince o da bu nedenle ödediği tazminatı satıcıdan geri alır.

Biz Hanefilere göre alıcı ukr'u satıcıdan geri alamaz. Şâfiî (rh.a.)'ye göre ise ukr'unu da geri alabilir. Onun delili şudur; Satıcı, alıcı lehine cariye ile birleşme hakkını da garanti etmiştir. Biz ise şöyle demekteyiz: Ukr alıcıya kadından elde ettiği menfaat nedeni ile gerekli olmuştur. Birleşme lezzetini tadan alıcının kendisidir. Bu nedenle kendisine gerekli olan ödemeyi başka hiçbir kimseden geri alamaz.

Buna göre; hayvanı gasbeden kişi onu kiraya verse ve hayvan da kiralayanın yanında ölse, sonra malın gerçek sahibi hayvanın değerini onu kiralayana ödettirse, bu kişi mal sahibine ödediği tazminatı, hayvanı kendisine kiraya veren gasbedenden geri alır. Çünkü ödeme akdinin yapılması ile aldatma gerçekleşmiştir. Ayrıca hayvanı kiralayan kişi onu teslim almakla bir açıdan kiraya veren lehine çalışmış olmaktadır. Çünkü bu teslim alma ile diğer kiraya veren ücrete hak kazanmaktadır.

Biz Hanefilere göre ariyet alan kişi, hayvanın değerini onun sahibine ödediğinde ittifakla hiçbir kimseden bir şey alamaz. Çünkü daha önce hibe meselesinde belirttiğimiz gibi burada ödeme akdi yoktur. Şâfiî (rh.a.)'ye göre de böyledir. Çünkü ona göre âriyet alan kişi âriyet verene karşı malı ödemekle yükümlüdür. Bu nedenle ödeme nedeni ile ödediğini ondan geri alamaz.

Bir kimse başkasının elbisesini gasbederek telef ettikten sonra elbisenin sahibi ve gasbeden elbisenin değerinde ihtilaf etseler, elbise sahibinin tanıklarının sözü kabul edilir. Çünkü onun tanıklarının sözünde iki tarafın anlaştığı miktardan fazla olan kısmı ispat bulunmaktadır. Elbise sahibinin tanıkları yoksa, gasbedenin sözü yeminle birlikte kabul edilir. Çünkü o, fazlalığı inkar etmektedir. Gasbeden elbisenin fiyatına dair tanık getirse tanıkların sözü dikkate alınmaz. Bununla gasbeden üzerinden yemin düşmez. Çünkü elbisenin değerinin belirli miktarında elbise sahibi ile gasbeden anlaşmakta elbise sahibi bunun üzerinde bir fiyatı iddia etmektedir. Tanıklar bununla ilgili tanıklığa değinmemişler veya bu fazlalığı reddetmemişlerdir. Zaten ret konusundaki tanıklık kabul edilmez. Bu nedenle elbisenin sahibi, gasbedene kendi iddiası ile ilgili olarak yemin ettirebilir.

Muhammed (rh.a.) *"el-Asl"* adlı eserde şunları söylemektedir: "Elbisenin sahibi dâvacı, gasbeden de dâvalı konumundadır. Din,

الْبَيِّنَةُ على الْمُدَّعِى

Mal sahibinin tanıklarının ihtilaf etmeleri

"Delil (tanık) getirmek dâvacı üzerinedir"[79] diyerek delili (tanık getirmeyi) dâvacıya ait kılmıştır. Hadiste yer alan بَيِّنَة kelimesindeki "belirlilik takısı"; tanık cinsinin dâvacı tarafına ait olduğunu göstermektedir. Diğer taraftan din, yemini dâvalı tarafa ait kılmıştır. Tanık getirmek yeminin bedeli olamaz. Bu nedenle gasbeden tanık getirmiş olmakla kendisinden yemin etme borcu düşmez.

Elbisenin sahibi lehine bir tanık elbisenin fiyatının şu kadar olduğuna, diğer bir kişi de gasbedenin bu miktarı ikrar ettiğine tanıklık etseler onların bu tanıklıkları geçerli olmaz. Çünkü her iki tanık ihtilaf etmişlerdir. Onlardan birisi söze, diğeri de fiile tanıklık etmektedir. Halbuki bu söz ve fiilden her biri ancak iki kişinin tanıklığı ile sabit olur.

[11/83] el-Asl'da yer aldığına göre Muhammed, Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye: Her iki tarafın da tanığı olmasa ve gasbedenden yemin etmesini istesen o da "ben yemini elbise sahibine yöneltiyorum. Hangi miktar üzerine yemin ederse bu miktarı ona vereceğim" dese ne dersin? diye sormuş, Ebû Hanîfe (rh.a.) de şöyle cevap vermiştir. Gasbeden bunu yapamaz. Çünkü din, yemini dâvalı üzerine gerekli kılmıştır. *Kişi dinen kendisi üzerine gerekli olan bir şeyi başkasına havale edemez.*

---

[79] Abdurrezzak, *Musannef*, VIII/273; Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, I/342; Buhârî, Rehin 6; İbn Mâce, Ahkâm 7; Tirmizî, Ahkâm 12; Dârekutnî, Sünen, IV/157; Tahâvî, *Şerh-u maâni'l-âsâr*, III/202.

Yemini, Resûlüllah (s.a.v.)'ın belirttiği konumdan başkasına yöneltmem ve havale etmem.

Bunun anlamı şudur; Dinen yemin; ya iddiayı reddetmek ya da olanı olduğu durum üzere bırakmak –ki bu da beraet-i zimmettir (zimmetin borçsuz ve temiz olmasıdır)- maksadıyla dâvalı üzerine gereklidir. Yemin dâvacı tarafına yöneltildiğinde ancak bu miktarda işlem görür. Çünkü bir şeyin kendi yerindeki işlevi, başka bir yerdeki işlevinden daha güçlüdür. Bu miktarla dâvacı hiçbir şeye hak kazanmaz. O, kendisi için sabit olmayan bir şeyi isbat etmeye ihtiyaç duymaktadır. Yemin buna elverişli değildir.

Aynı şekilde elbisenin sahibi buna razı olarak "ben yemin ederim" dese bile onun yemini geçerli olmaz. Çünkü onların dinin hükmüne aykırı olan bir şey konusunda karşılıklı rızaya sahip olmaları geçersizdir.

Gasbeden ile mal sahibinin mal konusundaki ihtilafı

Gasbeden, Zut ahâlisine[80] ait bir kumaş getirerek "benim senden gasbettiğim budur" dese, kumaşın sahibi de "yalan söylüyorsun. Sen benden Herat veya Merv kumaşı gasbettin" dese, bu konuda söz yeminle birlikte gasbedene ait olur.

Çünkü onlar teslim alınan şeyin belirlenmesi konusunda anlaşmazlığa düşmüşlerdir. Bu konuda, emin (emanet hükmüne tabi olan kişi) olsun, zâmin (ödeme hükmüne tabi olan kişi) olsun malı teslim alanın sözü esas alınır. Çünkü o kabzı (almayı) tamamen inkar etse onun sözü kabul edilir.

Muhammed (rh.a.) daha sonra yeminin niteliğini şu şekilde belirtmiştir:

Gasbeden şöyle yemin eder: "Yemin ederim ki bu senden gasbettiğim kumaştır. Ben senden Herat veya Merv kumaşı gasbetmedim."

Çünkü teslim alınanı belirleme konusunda gasbedenin sözü kabul edilir. Bir meselede dinen kimin sözü esas alınacak ise o, söylediği sözün doğruluğu üzerine yemin eder. Nitekim kendisine emanet bırakılan kişi, emaneti geri vermesi veya emanetin telef olması konusunda yemin ederken de böyledir. İddiacı, gasbedenin kendisinden Herat veya Merv kumaşı gasbettiğini iddia etmekte, gasbeden ise bunu inkar etmektedir. Bu nedenle yemin ile birlikte gasbedenin sözü kabul edilir. Bundan dolayı yeminde her iki husus da bir araya getirilmiştir.

Gasbedilen malın niteliği hakkında tarafların ihtilafı

Gasbeden yemin ettiğinde, kumaşın kumaş sahibine ait olduğuna hükmedilir. Gasbeden de kumaş sahibinin iddiasından beri olur. Gasbeden yemin etmekten kaçınırsa dâvacının dâvalı üzerine iddia ettiği şeye hükmedilir.

Çünkü onun yeminden kaçınması ikrar etmesi gibidir. Yeminden kaçındığında dâvacı lehine bu kumaş ile hükmedilmez. Çünkü kumaş sahibi iki kumaş iddia

[80] Zut, Hindistanda bir kavmin adıdır.

etmemektedir. O yalnızca Herat kumaşı iddia etmiş ve onu da hak etmiştir. Dâvalı yemin ederse, dâvacı var olan kumaştan başkasına hak kazanamaz. Dâvacı belirli nitelikte bir kumaş istiyordu. O dâvasının reddedilmesi nedeniyle bu nitelikteki kumaşa hak kazanamadı. Dâvası göz önüne alınarak ona dâvalının belirttiği kumaşın verilmesine hükmedilir. Dilerse bu kumaşı alır, dilerse bırakır.

Gasbeden, Herat bölgesine ait eski bir kumaşı getirerek "Ben senden bunu bu şekilde gasbettim" dese, kumaşın sahibi de "Bilakis sen gasbettiğinde benim kumaşım yeni idi" dese, yemin ile birlikte gasbedenin sözü kabul edilir.

Çünkü o kumaşı yeni iken gasbettiğini inkar etmektedir. Ayrıca görünürdeki durum da onu desteklemektedir. Çünkü kumaşın şu anki durumu bilinmekte, gasp esnasındaki durumu ise ihtilaflı bulunmaktadır. İhtilaflı olan şey, bilinen duruma indirgenir. Öte yandan gasp sonradan olan bir fiildir. Bu nedenle o, şu ana en yakın vakte havale edilir.

[11/84] **Her iki taraf da tanık getirse, gasbedenin kumaşı yeni iken gasbettiğine dair kumaş sahibinin tanıklarının sözü kabul edilir.**

Çünkü bu tanıklar gasbın daha önceki bir tarihte gerçekleştiğini ispat etmektedir. Gasbedenin maldaki noksanı ödemesi bu tarihte maldaki niteliğin kaybolmasına dayanmaktadır.

Her ikisinin de tanıkları bulunmasa, gasbeden yemin etse ve kumaş sahibi de kumaşı alsa, sonra kumaş sahibi elbisenin yeni iken gasbedildiğine dair tanıklar getirse iki değer arasındaki fazlalığı gabedenden alır.

Çünkü bir şeyin tanıklar ile sabit olması, karşı tarafın ikrarı ile sabit olması gibidir. Bundan sonra gasbedenin yemini, kumaş sahibinin tanıklarının kabul edilmesine engel oluşturmaz. Ömer (r.a.)'den de bu şekilde nakledilmiştir. O şöyle demiştir: "Yalan yemin, âdil tanıklardan daha çok reddedilmeye layıktır." Ayrıca bizim meselemizde hâkim, gasbedilen şeyin gasp anında eski olduğuna hükmetmemiştir. O yalnızca delil olmaması nedeni ile gasp vaktinde kumaşın yeni olduğuna hükmetmekten kaçınmıştır. Mal sahibi delil getirince hâkim buna göre hüküm vermek zorundadır.

Başkasına ait bir kumaşı gasp edip boyamak

Bir kimse, başkasına ait bir kumaşı gasbederek onu kırmızı veya sarıya boyasa kumaşın sahibi seçim hakkına sahip olur: Dilerse gasbedene kumaşın beyaz olduğu vakitteki değerini ödettirir, kumaş da gasbedenin olur. Dilerse kumaşı alır, gasbedene boyanın kumaşa kattığı değeri öder.

Çünkü boya değerli bir maldır. Hem de kumaşın üzerinde durmaktadır. Daha önce açıkladığımız gibi gasp fiili nedeniyle gasbedenin malının korunmuşluğu ortadan kalkmamaktadır. Kumaşın kendisi kumaş sahibinin, boya da

gasbedenindir. Boyayı elbiseden ayırmak imkansız duruma gelmiştir. Yine her birinin mülkünden tek başına yararlanması da imkansız duruma gelmiştir. Ne var ki malın kendisi kumaş sahibine, niteliği ise gasbedene ait olduğundan malın kendisine sahip olan kişiye seçim hakkı vermek daha önceliklidir. Çünkü malın aslı kendi başına varlığını devam ettirir. Nitelik ise asla bağlı olarak varlığını devam ettirir. Bu nedenden kumaşın sahibi, dilerse kumaşın beyaz olduğu durumdaki değerini gasbedene ödettirir, çünkü bir karşılık ödemeksizin mülkünü elde etmesi imkansız olmuştur. Kumaş sahibinin bu karşılığı ödememe hakkı vardır. Bu nedenle gasbeden tıpkı kumaşın gasbedilmesi anındaki gibi beyaz olduğu durumdaki değerini öder. Bu ödeme ile kumaş gasbedenin olur. Kumaş sahibi dilerse boyanın kumaşa kattığı değeri gasbedene öder. Böylelikle gasbeden hakkının karşılığını almış olur. Kumaş sahibi de ödediği karşılık sayesinde boyaya sahip olmuş olur. Gasbeden kendi mülkünü başkasının mülkünün bir niteliği durumuna getirmekle buna razı olmuştur.

Kumaş sahibi dilerse boyanmış durumdaki kumaşı satarak satış bedelinden kumaşın beyaz durumundaki değerini alır. Gasbeden de boyanın kumaşa kattığı değeri alır.

Çünkü kumaş sahibi kumaşın değerini ödese bile onun mülkü yapmama ve boyanın değerini ona ödememe hakkına sahiptir. O bunların her ikisini de yapmayınca birinin hakkını diğerinden ayırmak ancak satış yolu ile olur. Bu şuna benzer; rüzgar birinin elbisesini uçurarak başka bir kişinin boyasının içine düşürse ve elbise boyansa, hüküm belirttiğimiz gibidir. Yalnız burada boya sahibinin ödeme borcu yoktur. Çünkü kendisi boyamamıştır. Bunun dışındaki şeylerde onlar eşittir.

Muhammed (rh.a.) *"el-Asl"*da; boya kumaşın değerini azalttığında ne yapılacağını anmamıştır. Bazı kumaşlarda kırmızı ve sarı renk eksiklik olabilir.

Hişam'ın Muhammed (rh.a.)'den anlattığına göre o şöyle demiştir: "Kişi otuz dirhem tutarında bir kumaş gasbetse ve onu aspur ile boyasa, bunun sonucunda kumaşın değeri yirmi dirheme inse, bu boyanın bir başka kumaşa sürülmesi durumunda onun değerini ne kadar arttırdığına bakılır; eğer beş dirhem ise kumaş sahibi kumaşı ile birlikte beş dirhemi gasbedenden alabilir. Çünkü, kumaş sahibi kumaşında meydana gelen on dirhemlik noksanı gasbedenden almayı hak etmiştir. Boyacı da boyasının değeri olan beş dirhemi almayı hak etmiştir. Karşılıklı beş dirhem takas olur. Kumaş sahibi noksanlığın geri kalan kısmı olan beş dirhemi boyacıdan alır. [11/85]

Bir kimse küçük bir cariye gasbetse, cariyeyi büyüyüp buluğa erinceye kadar yetiştirse sonra da cariyenin sahibi onu geri alsa, cariye sahibi gasbedene cariyenin fiyatında gelen fazlalığı ödemez.

Çünkü fazlalık cariyenin kendisinden kaynaklanmaktadır. Cariye ise malı gasbedilene aittir. Kumaş üzerindeki boya ise böyle değildir. Çünkü o, gasbedenin malından meydana gelen bir fazlalıktır. Malı gasbedilenin malından meydana gelmemiştir.

Gasbedenin gasbettiği mal için yaptığı harcamalar

Gasbeden, malını gasbettiği kişinin malı için yaptığı harcamalar karşılığında mal sahibinden hiçbir şey alamaz.

Çünkü gasbeden onun izni olmadan yaptığı harcamalarda teberruda bulunmuştur. Ayrıca gasbeden cariye için yaptığı harcama nedeni ile cariyenin hizmetinden yararlanmıştır. Hem de bizzat bu harcamadan da yararlanmıştır. Çünkü bu harcama sayesinde cariyeyi geri verme ve ödeme yükümlülüğünden kurtulma imkanını elde etmiştir.

Başkasına ait bir malı gasp edip kendi malı ile karıştırmak

Kişi kavut gasbederek onu yağ ile karıştırsa kavutun sahibi seçim hakkına sahip olur; dilerse gasbedene kavutun değerini ödettirir. Dilerse kavutu alarak onun değerindeki (yağ nedeni ile olan) artışı gasbedene öder.

Çünkü kavuta katılan yağ, tıpkı kumaşın boyanması gibi gasbedenin malından, gasbedilmiş malda bir nitelik artışı meydana getirmiştir.

Aynı şekilde gasbeden, gasbettiği yağa misk karıştırdığında da hüküm böyledir.

Bu, yağ misk ile kokulandırılması mümkün olduğunda böyledir. Ancak yağ bezir yağı ve benzeri bir yağ ise sahibi bunu geri alır. Gasbedene hiçbir şey ödemez. Çünkü misk onun içinde tükenmiştir.

Başkasına ait kumaşı gasp edip boyamak

Bir kimse başkasına ait bir kumaşı gasbederek siyaha boyasa; Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre kumaşın sahibi gasbedene bir şey ödemeksizin onu alabilir. Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.)'e göre siyah renk de tıpkı kırmızı ve sarı renk gibidir. Gerçekte aralarında fark yoktur.

Ancak Ebû Hanîfe kendi zamanında var olan Emevî âdetine bakarak bu hükmü vermiştir. Çünkü onlar siyah elbise giymekten kaçınırlardı. Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.) ise Abbâsîlerin siyah renkli elbise giyme âdetine bakarak kendi zamanlarında tanık oldukları duruma göre hüküm vermişlerdir. Ebû Yusuf da daha önceden Ebû Hanîfe'nin görüşüne sahipti. Hâkimlik görevini üstlenip de siyah elbise giymek kendisine emredilince ve bu konudaki zorluklara katlanma ihtiyacı ortaya çıkınca daha önceki görüşünü terkederek "siyah renk, kumaşın değerini artırır" demiştir. Denilmiştir ki, siyah renk bazı kumaşların değerini artırır. Bazılarınınkini de azaltır. Gasp ve diğer konularda siyah rengin bu durumu göz önünde bulundurulur. Eğer kumaş siyaha boyandığında değeri azalıyorsa Ebû Hanîfe'nin cevabına göre işlem yapılır. Eğer kumaşın değerini artırıyorsa Ebû Yusuf

ve Muhammed'in dediği "siyah renk de kırmızı ve sarı renk gibidir" sözüne göre işlem yapılır.

Bir kimse başkasına ait bir kumaşı gasbederek gömlek yapmak üzere kesse, fakat dikimini yapmasa kumaşın sahibi seçim hakkına sahip olur; dilerse kumaşın değerini gasbedene ödettirir. Dilerse kumaşı geri alarak kesme nedeni ile meydana gelen eksilmeyi gasbedenden alır.

Çünkü kesme kumaşta büyük bir eksilme meydana getirir. Kumaş kesilmeden önce kaftan, gömlek vb. şeyler yapmaya uygundur. Gömlek olarak kesildikten sonra ise kesimden önce olduğu şekliyle ondan kaftan yapmak imkansız duruma gelmiştir. Bu nedenle kumaş bir açıdan telef edilmiştir. Bir açıdan da var sayılır. Kumaşın sahibi dilerse telef olma tarafına meylederek gasbedene kumaşın değerini ödettirir. Dilerse kumaşın var olması tarafına meylederek kumaşın kendisini geri alır. Kesme nedeni ile meydana gelen değerdeki eksilmeyi de gasbedene ödettirir. Çünkü kumaş fâizin geçerli olduğu mallardan değildir. Bu gibi mallarda, malın kendisini geri almakla birlikte noksanı ödettirmek de dinen caizdir. **[11/86]**

Aynı şekilde siyah boya kumaşın değerini azalttığında kumaşın sahibi hem kumaşı geri alır, hem de boyanın eksilttiği miktarı gasbedene ödettirebilir. Çünkü bunun benzeri şeylerde siyah renk büyük bir eksiklik sayılır. Bu bakımdan siyaha boyamak bir açıdan kumaşı telef etmek gibidir. Çünkü gasbeden kumaşı siyaha boyamadan önce onun sahibi dilediği renge boyama imkanına sahipti. Siyaha boyadıktan sonra bu imkan ortadan kalkmıştır. Siyah rengi kumaştan gidermek genellikle mümkün olmaz. İşte Ebû Hanîfe bu nedenle siyah boya ile diğerleri arasında ayırım yapmıştır.

Başkasına ait kumaşı gasp edip yırtmak

Bir kimse başkasına ait bir kumaşı gasbederek onu yırtsa; eğer yırtık küçükse gasbeden yalnızca noksanı öder, kumaşın sahibi de kumaşını geri alır.

Çünkü mal her bakımdan varlığını devam ettirmektedir. Kumaş bu kadar yırtıkla, daha önce elverişli olduğu şeylere elverişli olmaktan çıkmaz. Yalnızca onun değerinde bir eksilme meydana gelir. Bu nedenle gasbeden bu eksilmeyi öder.

Eğer yırtık büyük olursa gasbeden kumaşı bozmuş olur. Bunun için kumaş sahibi seçim hakkına sahip olur; dilerse gasbedene kumaşın değerini ödettirir.

Çünkü kumaş her açıdan telef olmuş sayılır. Çünkü bu yırtıktan sonra o kumaş daha önce kullanıldığı yerlerin tümünde kullanılamaz duruma gelmiştir.

Başkasına ait hayvanı gasp edip organını kesmek

Dilerse hükmen bozulmuş olsa bile gerçekte var olan kumaşını geri alır. Gasbedenin fiili ile meydana gelen eksilmeyi de ona ödettirir.

Kişi bir hayvan gasbedip de onun ön veya arka ayağını keserse hayvanın sahibi ona hayvanın değerini ödettirebilir. Ancak gasbedilen şey

köle veya cariye olur da gasbeden onun el veya ayağını keserse durum böyle değildir.

Çünkü bu durumda köle veya cariyenin sahibi onu kesilen organın erşi (diyeti) ile birlikte geri alır. İnsanın bir organının kesilmesi ile o telef olmuş olmaz. Çünkü o, daha önce yapabildiği tüm işleri bundan sonra da yapabilir. Hayvan ise bir organının kesilmesi ile telef edilmiş gibi olur. Çünkü hayvanın ön veya arka ayağının kesilmesinden sonra bu hayvandan daha önce olduğu gibi taşıma ve binme amacıyla yararlanılamaz. Bundan dolayı hayvanın sahibi onu gasbedene terkederek onun değerini ödettirebilir.

Aynı şekilde kişi bir sığır veya deveyi gasbederek onun ön veya arka ayağını kesse veya bir koyunu gasbederek onu boğazlasa hüküm yukarıda belirttiğimiz gibi olur.

Çünkü hayvanı boğazlamak bir açıdan onu telef etmek olur. Çünkü bununla hayvandan elde edilmek istenen; üreme, süt vb. gibi bazı yararlar ortadan kalkar. İşte bu nedenle Zâhirü'r-rivaye'ye göre hayvanın sahibi dilerse hayvanın değerini gasbedene ödettirir. Dilerse boğazlanmış hayvanı; derisi yüzülmüş olsun veya olmasın geri alarak gasbedene noksanı ödettirebilir.

Hasan'ın Ebû Hanîfe (rh.a.)'den rivâyet ettiğine göre ise hayvanın sahibi gasbedene hiçbir şey ödettiremez. Çünkü koyunu boğazlamak ve derisini soymak onun fiyatını artırır. Bu nedenledir ki bu işlemler (boğazlama ve derisini soyma) karşılığında bedel ödenir.

Başkasına ait unu gasp edip öğütmek

Ancak *Zahirü'r-rivaye*'de anılan cevap daha doğrudur. Çünkü koyunu kesmek, etinden yararlanmaya vesile olması açısından bir fazlalıktır. Fakat hayvandan elde edilmek istenen diğer yararları ortadan kaldırması bakımından da bir noksandır. Bundan dolayı hayvan sahibi seçim hakkına sahip olur. Bu mesele ile elbisenin kesilmesi eşittir. Mal sahibi dilerse noksanı gasbedene ödettirir.

Biz Hanefîlere göre gasbeden, gasbettiği buğdayı öğütürse, o buğdayın benzerini vermesi gerekir. Un kendisinin olur.

Ebû Yusuf (rh.a.)'tan bunun dışında iki rivâyet daha vardır;

Birincisi; malı gasbedilen kişinin undaki hakkı ortadan kalkmamıştır. Bu, unu gasbedenden geri alabilir anlamına gelmez. Ancak o un satılarak onun parası ile ona kendisinin buğdayı kadar buğday satın alınır. Gasbeden ölürse, malı gasbedilen kişi kendi malı üzerinde diğer alacaklılardan daha fazla hak sahibidir. Çünkü mal sahibinin malı üzerindeki mülkiyet ve tasarrufu kendi rızası olmaksızın ortadan kalkmıştır. Onun satış gibi razı olduğu bir nedenle mülkiyeti ortadan kalksa idi, mal üzerindeki hakkı (parasını alıncaya kadar) sona ermiş olmazdı. Satıcının mal üzerindeki hâkimiyeti; alıcının malı satıcının izni olmadan teslim almasıyla kendi rızası olmaksızın ortadan kalktığında da onun mal üzerindeki hakkı

[11/87]

sona ermez. Bizim meselemizde malı gasbedilenin mal üzerindeki hakkının sona ermemesi daha önceliklidir.

Diğer(ikinci) rivâyete göre mal sahibinin mülkiyeti ortadan kalkmaz, bilakis o seçim hakkına sahip olur. Dilerse unu gasbedene bırakır ve kendi buğdayının misli kadar buğdayı ona ödettirir. Dilerse unu alarak hiçbir şey ödettirmez.

Ebû Yusuf (rh.a.) bu konuda şunları söylemiştir: "Bu konuda istihsana göre hüküm vererek Ebû Hanîfe'ye karşı çıkıyorum. Çünkü ben, bir kişinin başkasına ait bir kür[81] buğdayı gasbederek onu öğütmesini ve sonra da küçük oğluna bunu un olarak hibe etmesini, böylelikle de buğdayın sahibinin bundan hiçbir şeyi elde edememesini çirkin görmekteyim." Bu, aynı zamanda Şâfiî (rh.a.)'nin de görüşüdür. Ancak Şâfiî'ye göre buğdayın sahibi unu alır. Gasbedene değerdeki eksilmeyi ödettirir. Çünkü daha önce de belirttiğimiz gibi Şâfiî'nin benimsediği prensibe göre "faizin geçerli olduğu mallarda malın kendisi ile birlikte onun değerindeki eksilmeyi gasbedenden almak caizdir." Ebû Yusuf'a göre ise bizim de kabul ettiğimiz gibi bu caiz değildir.

Bu görüşün delili şudur; Un mislî[82] mallardandır. Bu nedenle mal sahibi öğütmeden önce olduğu gibi daha sonra da onu alabilir. Çünkü öğütme, var olmayan bir şeyi meydana getirme değil, parçalara ayırma işlemidir. Parçalara ayırma; tıpkı kumaşın kesilmesi ve koyunun boğazlanması, derisinin yüzülmesi ve parçalanmasında olduğu gibi malın kendisini değiştirmez.

Bunun delili şudur; un buğday ile aynı cinstendir. Bu nedenle ikisi arasında faiz cereyan eder. Bilindiği gibi faiz ancak aynı cinsten olma itibarıyla cereyan eder.

"el-Keysâniyyât" adlı eserde belirtildiğine göre Muhammed, Ebû Hanîfe (rh.a.)'nin görüşü lehine şunu delil getirmiştir; Ebû Hanîfe'nin, Asım b. Küleyb el-Cürmî'den onun Ebû Mürre'den onun da Ebû Musa'dan rivâyet ettiğine göre, Peygamber (s.a.v.) Ensar'dan bir kişinin misafiri idi. Kendisine kızartılmış koyun takdim edildi. O bundan bir lokma alarak çiğnemeye başladı. Fakat yutamadı. Bunun üzerine,

إِنَّها ذُبحتْ بِغَيْرِ حقٍّ

"Bu koyun haksız yere boğazlanmıştır" dedi.[83] Ensar'dan olan kişi "O benim kardeşimin koyunu idi. Bundan daha değerli bir koyunu olsaydı kardeşim onu benden esirgemezdi. Kendisi döndüğünde ben bundan daha iyisini vererek onu razı edeceğim" dedi. Peygamber (s.a.v.),

---

[81] 1 ton civarında bir ölçek.

[82] **Mislî / المثلي:** Çarşı ve pazarda aynı fiyatla kendi gibisi bulunan şey, standart mal.

[83] Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, III/351; Hâkim, *Müstedrek*, IV/262; Dârekutnî, *Sünen*, IV/286; Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, VI/97.

أطعموها الأسارى

"Onu esirlere yediriniz" buyurdu.[84] Muhammed (rh.a.) şöyle demiştir: "Bununla (esirlerle) hapiste olan kişiler kastedilmiştir. Peygamberimizin koyunun sadaka edilmesini emretmesi gasbedenin ona malik olduğunu ifade etmektedir. Çünkü mümkün ise başkasının malının bizzat kendisi onun adına korunur. Malın bizzat kendisinin korunması imkansız duruma gelmişse satıldıktan sonra alınan bedel korunur. Peygamber (s.a.v.)'in onun sadaka olarak verilmesini emretmesi, gasbedenin ona malik olduğunu göstermektedir." Her iki bölümdeki ihtilaf eşittir. Muhammed (rh.a.) sözlerine şöyle devam etmektedir: "Ebû Hanîfe, gasb ile ilgili meselelerin çoğunda bu hadisi temel bir prensip olarak kabul etmiştir."

Bu hükmün aklî gerekçesi de şudur; un, buğdaydan farklı bir şeydir. Gasbeden buğdayı gasbetmiştir. Bu nedenle unu geri vermesi kendisine gerekli değildir. Nitekim başkasının buğdayını telef eden kişinin geriye un vermesi gerekmez.

Buğday ve unun farklı olduğunu şöyle açıklayabiliriz: Bu ikisi; isim, şekil, hüküm ve kendisinden elde edilmesi amaçlanan yarar bakımından birbirinden başka şeylerdir.

Aynı şekilde unu buğday durumuna getirmek de imkansız duruma gelmiştir.

Bu gerekçeyi şu şekilde inceleyebiliriz: Yaratıklar içinde var olan şeyler şekilleri ve anlamları ile bilinirler. Şekil ve ismin değişmesi görünüşte farklılık olduğunun, hüküm ve maksadın değişmesi anlamda farklılık olduğunun delilidir. Farklılık sabit olunca; (farklı mallardan) ikincinin sabit olması birincinin bulunmamasını gerektirir.

[11/88] Çünkü bir şey aynı anda iki varlık olamaz. Birincisi (buğday), gasbedenin fiili ile ortadan kalktığında gasbeden onun mislini ödemek zorunda olur. Bu ödeme nedeni ile ona da malik olmuş olur. Bu un, gasbedenin kendi mülkünden meydana gelmiş kabul edilir. Bu nedenle de o una sahip olur. Yahut da onun fiili ile meydana gelmiş kabul edilir. Onun fiili mülkiyet hükmü için uygun bir nedendir. Bu nedenle de mülkiyet kendisine bağlanır. Ancak suret/görünüş açısından un ve buğday arasında benzerlik şüphesi bulunmaktadır. Bu şu anlama gelir; öğütme işlemi şekil itibarıyla kısımlara ayırmaktan ibarettir. Bu açıdan buğday ve unun aynı cinsten olma şüphesi bulunduğundan ve faizle ilgili meseleler tedbirlilik gösterilmesi gerekli olan hususlardan olduğundan, bunlar arasında faiz hükmü cereyan eder. Kumaşın kesilmesi ve koyunun boğazlanması meselesi böyle değildir. Çünkü boğazlama, malın isminde bir değişiklik meydana getirmemektedir. Bu nedenle "canlı koyun" ve "boğazlanmış koyun" denilir. Bu bakımdan boğazlanmış koyun, sahibinin mülkü olmaya devam eder. Bundan sonra

---

[84] Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, V/293; Dârekutnî, Sünen, IV/285; Taberânî, *el-Mu'cemü'l-evsât*, II/168; Tahâvî, *Şerh-u maâni'l-âsâr*, IV/208; Zeyleî, *Nasbu'r-râye*, IV/223.

koyunun derisinin yüzülmesi ve etlerinin parçalanması boğazlama ile amaçlanan şeyi ortadan kaldırmamaktadır. Bilakis bu amaç gerçekleşmiştir. Bu, malın değişikliğe uğradığını göstermez. Bundan dolayı sahibi onu geri alabilir.

Züfer'e göre gasbeden, ödemeyi mal sahibine ödemeden önce bu unu yiyebilir. Ondan yararlanabilir. Bu aynı zamanda kıyasa uygun olan görüştür. Bu görüşün delili şudur; gasbedenin mülkü onun fiili ile meydana gelmiştir. İstihsan'a göre ise -ki bu bizim de görüşümüzdür- gasbeden, karşılıklı rıza veya hâkimin hükmü ile belirlenen bir tazminatı ödemediği veya kendisi üzerine tazminatın hükmedilmediği maldan yararlanamaz. Çünkü daha önce açıkladığımız gibi şekil açısından bu un, malı gasbedilen kişinin mülkünün (buğdayın) kısımlarıdır. Bu görünüşte, tedbirli olunması gereken meselelerde (hüküm verme açısından) dikkate alınmaktadır. Yeme ile ilgili konular da tedbirli davranma üzerine dayalı olan meselelerdendir. Malı gasbedilen kişinin hakkı, ancak hakkını almak veya hâkimin hüküm vermesi ile o maldan tazminata dönüşür. Bu nedenle gasbeden ancak bundan sonra o maldan yararlanabilir.

Biz Hanefilere göre bir kimse başkasına ait gümüş bir bilezik gasbedip telef ettiğinde, tazminat olarak bu bilezik değerinde külçe altın vermesi gerekir.

Başkasına ait altın ve gümüş eşyayı gasp edip zarar vermek

Şâfiî'ye göre ise bileziğin değerini kendi cinsinden öder. Onun bu görüşü, kendi kabul ettiği "faizin cereyan ettiği mallarda kalite ve niteliğin bir değeri vardır" prensibine dayanmaktadır. Bize göre ise bu mallar kendi cinsleri ile karşılaştırıldığında kalite ve niteliğin bir değeri yoktur. Eğer gasbedenin bileziğin değerinin aynısını (mislini) o bilezik cinsinden ödemesini gerekli kılsak bu faize yol açar. Eğer bileziğin ağırlığı kadar vermesini gerekli kılsak bu da malı gasbedilen kişinin ondaki kalite ve nitelik hakkını ortadan kaldırır. Onun hakkını gözetmek ve faizden kaçınmak için "gasbeden, gasbettiği gümüş bileziğin değerini külçe altından öder" dedik.

Bileziğin sahibi onu kırılmış durumda görür de onu bu durumuyla geri almaya razı olursa, kırık ile sağlam arasındaki fiyat farkını gasbedenden alamaz.

Çünkü o, malının bizzat kendisini eline geçirmiştir. Nitelik malın aslından ayrı olarak kalmıştır. Faizin cereyan ettiği mallarda malın niteliğinin bir değeri yoktur. Diğer taraftan bileziğin sahibi, nitelik için bir bedel alsa, bu on dirhemlik bir şeyin on bir dirhem ile değiştirilmesi anlamına gelir. Halbuki, faizin söz konusu olduğu mallarda bu caiz değildir.

Bileziğin sahibi, kırılma nedeni ile meydana gelen eksiklik az olsun çok olsun, gasbedene bileziğin kalıba dökülmüş durumdaki değerini ödettirerek bileziği ona bırakabilir.

Çünkü mal sahibinden zararın giderilmesi ve nitelik üzerindeki hakkının devam etmesine ancak bu yolla ulaşılabilmektedir.

Aynı şekilde bir kişi kalıba dökülmüş her türlü kabı kırdığında; faizden kaçınmak ve mal sahibinin malın niteliği konusundaki hakkını korumak için; kap gümüşten yapılmış ise gasbeden onun değerini altından öder. Kap altından yapılmış ise gasbeden onun değerini kalıba dökülmüş gümüşten öder.

Başkasına ait parayı gasp edip zarar vermek

Bir kimse başkasına ait bir dirhem ya da dinarı kırarsa bunun benzerini o kişiye vermesi gerekir.

Çünkü o, kendi fiili ile gasbettiği şeyi değiştirmiştir. Zararın bu paranın sahibinden giderilmesi ancak benzerinin ödenmesini gasbeden üzerine gerekli kılmakla gerçekleşmektedir. Kıran kişi kırdığının tıpkısını ödeyince kırık olan dinar veya dirhem kendisinin olur.

[11/89]

Para sahibi dilerse bu durumuyla parasını alır. Bu durumda gasbedenden hiçbir şey alamaz.

Bu hususta kırılma sonucu değerde bir eksilme meydana gelmesi ile gelmemesi aynıdır. Çünkü malın niteliği gasbedenin fiili ile değiştirilmiştir. Bu, mal sahibine seçim hakkı tanımak için yeterlidir. Ancak daha önce geçtiği gibi, bu değişiklik malın değerinde bir artma meydana getirmişse durum farklıdır.

Davacı ile malı elinde bulunduran arasındaki ihtilaflar

Bir kişi başka bir kişinin elinde bulunan evin, kumaşın veya kölenin kendisine ait olduğunu iddia etse ve buna dair tanık getirse, iddia konusu şeyi elinde bulunduran kişi de "bu benim elimde emanettir" dese, malı elinde bulundurması nedeni ile o taraf/hasım olabilir. Malı elinde başkası adına bulundurduğu şeklindeki sözü sabit olmaz.

Malı elinde bulunduran kişi, başka bir kişinin bunu kendisine emanet bıraktığı veya âriyet olarak verdiği veya kiraladığı yahut da rehin olarak verdiğine dair tanık getirse malı iddia eden tarafla kendi arasında dâva söz konusu olmaz.

Çünkü bu kişi getirdiği tanıklarla kendisinin mal üzerindeki zilyedliğinin koruma zilyedliği olduğunu isbat etmiş olmaktadır. Bu bizim "Dâva Kitabı"nda açıkladığımız beşli meselelerdendir.

İddiacı, malı elinde bulunduran kişinin malı kendisinden gasbettiğine dair tanık getirse malı elinde bulunduran üzerinden dâva kalkmaz.

Çünkü zilyed, kendisi hakkında gasp fiili iddia edilmesi ile dâvada taraf olmuştur. Görmez misin mal sahibinin zilyed dışındaki bir kişi aleyhine dâva açması geçerlidir. Mutlak mülkiyet dâvası ise böyle değildir.

İddiacı, zilyedin elindeki kumaşın kendisine ait olup gasbedilmiş olduğuna dair tanık getirse, bu tanıklık nedeniyle malı elinde bulunduran kişi üzerinden dâva kalkar.

Çünkü gasp fiilini zilyedin yaptığı iddia edilmemektedir. Bu, faili anılmamış bir fiildir. Zilyed yalnızca mal üzerindeki zilyedliği itibarı ile hasım/taraf olur. Halbuki o kendisinin zilyedliğinin koruma tarzında olduğunu isbat etmiştir.

İddiacı "Bu benim elbisemdir. Benden çalındı" dese kıyasa göre hüküm yine bu şekildedir.

Bu aynı zamanda Muhammed ve Züfer (rh.a.)'in de görüşüdür. İddiacının "benden çalındı" sözü faili belirtilmeyen bir fiili anmak olduğundan bu ifade ile fiil zilyed hakkında iddia edilmiş olmamaktadır. Zilyed tıpkı gasbda olduğu gibi yalnızca mal üzerindeki eli itibarıyla hasım/taraf olmaktadır.

Ancak Ebû Hanîfe ve Ebû Yusuf (rh.a.) bu hususta istihsana göre hüküm vererek "zilyed üzerinden dâva düşmez" demişlerdir.

İstihsanın dayandığı iki delil vardır:

Birincisi; Mal sahibinin "çalındı" sözünün anlamı "benden çaldı" demektir. Mal sahibi, din, kötülükleri açığa vurmaktan kaçınmaya ve cezanın (haddin) düşmesi için çarelere başvurmaya teşvik ettiği için bu ifadeyi kullanmıştır. İş onun hakkının geçersiz olması durumuna gelince mal sahibi daha önceki sözünü bırakarak açıkça zilyedin bu malı çaldığını iddia eder. Bu durum gasbda bulunmamaktadır. Çünkü gasbeden yaptığı şeyi açıktan açığa işlemektedir. Fiilini açıkça yapan kişinin yaptığını örtmek din tarafından uygun (mendup) sayılmamıştır.

İkincisi; genelde hırsız malını çaldığı kişiden uzak durur. Bu nedenle gece karanlığında malı çalanın kim olduğu mal sahibi tarafından açıkça seçilemez. Mal sahibi "çalındı" sözü ile yalan söylemiş olma ihtimalinden kaçınmaktadır. Dinen bunu yapmaya hakkı vardır. Bu nedenle bu ifade "sen bunu benden çaldın" ifadesi gibi olmaktadır. Gasp ise böyle değildir. Diğer taraftan hırsızlar kendilerine ceza (had) uygulanmasından korktuklarından nadiren onların izlerine rastlanır. Bununla zilyed üzerinden dâva kalkarsa, iddiacının hakkı başka yöne yönlendirilmiş olmaz. İptal edilmiş olur. Bu, kişinin tanımadığı bir kişinin malı kendisine vedia (emanet) olarak bıraktığına dair tanık getirmesine benzer. Gasbeden ise böyle değildir. Çünkü gasbeden (hırsızın aksine) görünür. Bu iddiacının hakkını iptal etmek değil, dâvayı malı elinde bulunduran kişi tarafından ona havale etmek olur.

[11/90]

Gasp tazminatına kefil olan kişi ile mal sahibinin ihtilaf etmesi

Bir kimse başkasına ait bir kumaşı gasbederek telef etse, başka bir kişi gasbeden adına onun değerini ödese, kumaşın sahibinin onun değerinin ne kadar olduğuna dair tanıkları da olmasa, kefil "onun değeri on dirhemdir", gasbeden "yirmi dirhemdir", kumaşın sahibi de "otuz

dirhemdir" dese kefil bunun değerinin ancak bu kadar (on dirhem) olduğuna dair Allah adına yemin ederek yalnızca on dirhem ödemekle yükümlü olur.

Çünkü o, kefillik yolu ile gasbedilen şeyin değerini ödemeyi üstlenmiştir. Bunun miktarını belirlemede, gasbedenin sözünün kabul edildiği gibi kefilin sözü de kabul edilir. Çünkü o on dirhemden fazlasını inkar etmektedir. Yemin ile birlikte inkar edenin sözü esas alınır.

Gasbeden bu on dirhemden başka bir on dirhemi daha ikrar etmiştir. Onun bu ikrarı kendisi hakkında doğrulanır. Kefil hakkında doğrulanmaz. Gasbedene kefilin ödediğinden başka on dirhemin daha gerekli olması, bunun kefile de gerekmesini/gerektirmez. Gasbeden, kumaşın fiyatının ancak yirmi dirhem olduğuna yemin ettikten sonra mal sahibi ondan on dirhem daha alır.

Çünkü kumaş sahibi gasbeden üzerine bundan başka bir on dirhem daha iddia etmekte, o ise bunu inkar etmektedir.

Başkasına ait genç cariyenin gasp edilmesi

Bir kişi başkasına ait genç bir cariyeyi gasbetse, cariye onun elinde ihtiyarlayıncaya kadar kalsa, cariyenin sahibi hem cariyeyi hem de cariyenin değerinde meydana gelen eksilmeyi gasbedenden alır.

Çünkü cariye bütün kısımları ile gasbeden tarafından ödenmesi gerekli duruma gelmiştir. Halbuki cariyede bulunması istenen gençlik niteliği ortadan kalkmıştır. Parçayı bütüne kıyas etme yolu ile gasbedenin bu noksanı ödemesi gerekli olur.

Aynı şekilde kişi genç bir köleyi gasbetse, köle ihtiyarlayıncaya kadar onun yanında kalsa hüküm yine belirttiğimiz gibidir.

Çünkü kölede bulunması istenen niteliklerden bir kısmı -ki bu da gençlik kuvvetidir- ortadan kalkmıştır. İhtiyarlık onda bir eksiklik sayılır.

Ancak kişi köleyi çocuk iken gasbeder de köle onun yanında delikanlı duruma gelirse bu durum farklıdır.

Çünkü bu durumda köle, gasbedenin yanında iken meydana gelen gençlik kuvveti nedeni ile değerlenmiş olur.

Gasbedenin yanında gasbedilen kölenin sakalının bitmesi durumunda da böyledir.

Çünkü bununla onun güzelliği artmış olur. Çünkü sakal güzelliktir. Bu nedenle sakalı yeni çıkan birisinin sakalını tıraş etme nedeni ile tam bir diyet gerekli olur. Gasbeden, malda bir fazlalık meydana geldiğinde hiçbir şey ödeme sorumluluğunda değildir.

Gasbedenin gasbettiği köle bir meslek sahibi olup da gasbedenin yanında bu mesleği icra etmeyi unutsa gasbeden bu nedenle kölenin değerinde meydana gelen eksilmeyi öder.

Çünkü bulunması istenen bir nitelik ve kölenin değerini arttıran özellik gasbedenin yanında ortadan kalkmıştır.

Eğer "kölenin hiç meslek bilmemesi onun değerinde bir eksiklik sayılmaz. Bu nedenle kölenin meslek bilmemesinden dolayı onu satın alan, kusurlu sayarak geri verme hakkına sahip olamaz" denilirse, buna şu şekilde cevap veririz: Evet böyledir. Ancak köle meslek biliyorsa bu onun değerini artıran bir özellik sayılır. Bundan dolayı koşullu satışlarda bu koşulla satın alan kişi bu niteliğe sahip olur. Nitelik bulunmadığında da geri verme hakkına sahip olur. Bu itibarla gasbeden de noksanı öder.

Gasp edilen şeyin gasıbın elinde bozulması

Bir kimse başkasına ait bir kumaş gasbetse de kumaş onun yanında bozularak sararsa, gasbedenin yanında meydana gelen bu durum nedeni ile onun değerinde bir eksilme oluşur. Gasbeden bu eksilmeyi ödemekle yükümlüdür.

Kişi yeni bir gıda maddesini gasbetse de bu onun yanında bozulsa onun benzerini ödemesi gerekir. Bozulan da kendisine ait olur.

Çünkü mal sahibinden zararı gidermek noksanı da içermektedir. Burada ise noksanın bulunması imkansızdır. Bu nedenle benzerini ödemekle zararın ortadan kaldırılması yoluna gidilir.

Ancak gıda maddesinin sahibi bozuk olduğu durumda onu geri almaya razı olursa, onu alır, bundan başka bir şey alamaz.

Başkalarına ait gasbedilen kumaş ve boyayı birbirine karıştırma

Bir kişi başka birinden bir kumaş, diğer bir kişiden de aspur gasbederek bununla kumaşı boyasa sonra her ikisinin sahibi gelseler; aspur'un sahibi bunun benzeri aspur veya değerini verinceye kadar gasbedeni alıkoyar. Çünkü gasbedenin kendisinden gasbettiği şey, onun fiili ile telef olmuştur. Çünkü aspur daha önceden kendi başına duran bir ayn (madde) idi. Şimdi ise başkasının mülkünün içinde bulunan (onunla varlığını devam ettiren) bir nitelik durumuna gelmiştir. Bundan anlamaktayız ki o telef olmuştur. Bu nedenle de gasbeden onun benzerini, benzeri bulunmuyorsa değerini ödeme borcu altındadır.

Bu hususta siyah boya da tüm lara göre diğer renkler gibidir. Çünkü siyah boya kendi başına değerli bir maldır. O yalnızca Ebû Hanîfe'ye göre kumaşta bir eksiklik sayılır. [11/91]

Gasbeden aspurun sahibine malını ödeyince, ödediği şeye sahip olmuş olur. Kumaşı sanki kendi aspuru ile boyamış gibi olur. Biz bu meselede kumaş sahibinin seçim hakkına sahip olduğunu daha önce açıklamıştık.

Kişi, kumaş ve boyayı aynı kişiden gasbederek kumaşı bu boya ile boyarsa kıyasa göre hüküm yine bu şekildedir. Çünkü gasbeden yaptığı işlemle boyayı telef etmiştir. Bu nedenle boyayı ödeme borcu kendisi üzerine gerekli olmuştur. Bu boya da kendisinin olur. İstihsana göre ise kumaşın sahibi burada kumaşını geri alır. Boyayan kişiye (gasbedene) hiçbir şey vermez. Boyanın değerini de ona ödettiremez.

Çünkü kendisinin mülkü, yine kendisinin mülküne bir nitelik olmuştur. Bu açıdan boya telef edilmiş sayılmaz. Diğer taraftan o elbisenin kendisini geri almayı tercih edince, sonuç olarak gasbedenin fiilini onaylamış olur. Bu başlangıçta ona boyama konusunda izin vermek gibi kabul edilir. Bu nedenle dilerse kumaşı alır. Dilerse boyanın değerini ödettirir. Çünkü bizim daha önce açıkladığımız yönden boya telef edilmiş olarak kabul edilir. Gasbedene boyanın değerini ödettirdiğinde, gasbeden bunu kendisine ait boya ile boyamış gibi kabul edilir.

Kumaş bir kişiden, boya da bir başka kişiden gasbedilmiş olsa, gasbeden kumaşı bu boya ile boyasa, sonra da gasbeden ele geçirilemese, kıyasa göre kumaşın sahibi kumaşını alır. Boya sahibinin hakkı kalmaz. Çünkü onun boyası gasbedenin fiili ile telef olmuştur. Onun boyasının bedeli, gasbedenin zimmetinde bir borç olur. Kumaşın sahibi kumaşını aldığında, gasbedene boyanın değerini borçlanır.

Boya sahibi kendisine borçlu olan kişiye borçlu olan bir kişi ile karşı karşıyadır, hasım/taraf gelinceye kadar onun üzerinde herhangi bir hakkı yoktur.

İstihsana göre ise kumaş sahibi kumaşını alınca, boyanın kumaşa kattığı değeri boya sahibine öder. Çünkü boya sahibinin boyası kumaş sahibinin elinde kendisi boyamamış olsa bile alıkonulmuştur. Nitekim bir kişinin kumaşı başka birisine ait boya ile kendiliğinden boyandığında da durum böyledir.

Bu nedenle biz iki kişiye ait olup birisi tarafından özgür kılınan kölenin, diğer ortağın payını ödemek için çalışması gerektiğine hükmettik. Çünkü özgür kılmayan ortağın payı kölenin kendi fiili ile olmasa bile onun elinde alıkonulmuştur.

Kumaşın sahibi dilerse kumaşı satarak bunun bedelinden, kendi kumaşının beyaz olarak değeri ne ediyorsa onu alır. Boya sahibi de boyasının değerini alır.

Nitekim daha önce de açıkladığımız gibi, gasbeden kumaşı kendisine ait boya ile boyadığında da kumaş sahibinin böyle yapma hakkı vardır.

Farklı kişilere ait malları gasbederek birbirine karıştırmak

Bir kimse bir kişiden buğday, başka birinden arpa gasbederek bunları birbirine karıştırsa, iki kişiden her birine gasbettiği malı öder. Çünkü her birinin kendi mülkünü elde etmesi imkansız duruma gelmiştir. Çünkü

buğday ile arpayı birbirinden ayırmak çok zordur. Çok zor olan bir şey imkansız olan bir şey gibidir. İmkansız olan da olamaz.

Muhammed (rh.a.) *"el-Asl"* adlı kitapta meydana gelen karışımın hükmünü söylememiştir.

Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre karıştıran kişi ister buğday ile buğdayı isterse buğday ile arpayı karıştırmış olsun bu karışım onun mülkü olur.

Ebû Yusuf ve Muhammed'e göre ise buğday ve arpanın sahipleri seçim hakkına sahip olurlar; dilerlerse karışımı alırlar ve bu karışım onlar arasında kendi mülkleri oranında ortak olur. Dilerlerse bunu gasbedene bırakarak her biri kendi malının benzerini karıştırana ödettirir. Çünkü onlardan her birinin malı bizzat bâkidir. Şöyle ki; aynı cinsten olan şeyler karıştırıldığında bâki kalır. Çünkü bir şey kendi cinsinden olan bir şey ile karıştırıldığında çoğalır. Farklı cinsten olan şeyler karıştırıldığında da bir şekilde birbirinden ayrılmaları mümkün ise mal bâkidir. Ne var ki bu ortaklık nedeniyle onlardan her birinin malı kusurlanmış sayılır. Bu nedenle her biri dilerse ödettirme hakkına, dilerse mülkünün gerçekte varlığını devam ettirmesine itibar ederek karışımda ortak olma hakkına sahiptir. Bu daha önce de açıkladığımız gibi kumaşı gasbederek onu boyayan kişinin durumu gibidir. **[11/92]**

Ebû Hanîfe (rh.a.) şöyle demektedir: Gasbedenin karıştırması ile her birinin mülkü hükmen telef olmuş olmaktadır. Çünkü karışım, hüküm bakımından karıştırılmadan önceki şeyden farklı olarak kabul edilir. Görmez misin karıştırma sonucu isim değişmektedir. Şöyle ki karışımdan önce buna "kafîz" denirken karışımdan sonra "kür" denmektedir. Ölçülebilen ve tartılabilen şeyler hüküm açısından eşittirler. Bu nedenle onun bir kısmında kusur bulunsa, özel olarak bu kusur nedeni ile geri verilemez. Bir şeyin bir kısmı onun bütününden farklıdır. Bundan anlaşılmaktadır ki karışım hüküm açısından gasbedenin fiili ile meydana gelmiştir. Bu nedenle de onun mülkü olur. Bu zaruri olarak hükmen mal sahiplerinin mallarının telef olmasını gerektirir. Bundan dolayı her biri karışımı ayırma imkanı olsa bile, kendi malını gasbedene ödettirme hakkına sahip olur. Kumaş ve boya bundan farklıdır. Buğday ve arpadan her biri telef olmuş kabul edilince gasbedenin ödeme borcu gerçekleşmiş olmaktadır. Bu da onun ödediği şeye malik olmasını gerektirir. Karışma herhangi bir kimsenin girişimi olmaksızın gerçekleşirse, durum bundan farklı olur. Bu durumda karışım telef olmuş kabul edilmekle birlikte, bunu ödemekle yükümlü kimse bulunmamaktadır. Bundan dolayı karışım en yakın kişilere ait olur. Bu kişiler karışma öncesi var olan malların sahipleridir. Diğer taraftan *hükmün nedene bağlanması mümkün olmazsa yere dayandırılır.* Çünkü yer, koşul anlamı taşımaktadır. Koşul bulunduğu zaman hükmün bulunması koşula bağlanır. Nedenin bulunduğu yerde hükmün sabit olması da nedene bağlanır. Karışma bir insanın girişimi ile olursa, insan mülkün kendisine bağlanmasına uygun olduğu için, mülk ona bağlanır. Fiilin bulunmaması

durumunda da yere bağlanır. İşte bu nedenle karışım o iki kişiye (buğday ve arpanın sahibine) ait olmaktadır.

Başkasına ait keten ve pamuğu gasbedip dokumak

Bir kimse bir başkasına ait keteni gasbederek eğirse ve dokusa, o ketenin benzerini, şayet benzeri bulunmuyorsa değerini ödemesi gerekir. Ketenin sahibinin kumaşta hakkı yoktur.

Aynı şekilde kişi pamuk gasbederek bunu eğirip dokusa veya eğrilmiş pamuk gasbederek dokusa hüküm belirttiğimiz gibi olur.

Bu hüküm bize (Ebû Hanîfe ve Muhammed'e) göredir.

Ebû Yusuf'un sonraki görüşü ile Şâfiî (rh.a.)'ye göre ise keten ve pamuğun sahipleri buğdayın öğütülmesi meselesinde açıkladığımız üzere seçim hakkına sahiptirler. Çünkü anlam açısından her iki husus arasında fark yoktur. Çünkü buğdayın öğütülmesinde gasbeden bitişik olan parçaları öğütme suretiyle birbirinden ayırmış, burada da ayrı olan parçaları dokumak suretiyle bir araya getirmiştir. Bitişik olan şeyi ayırmakla mal değişikliğe uğramadığı gibi, ayrı olan parçaları bitiştirmekle de değişikliğe uğramaz. Bu tıpkı pamuğu dokumaksızın yalnızca eğirmesi gibidir. Bu durumda pamuk sahibinin maldaki hakkı ortadan kalkmaz. Bilakis kendisinin seçim hakkı olur.

Biz (Ebû Hanîfe ve Muhammed) ise şöyle demekteyiz: Kumaş hem görünüş hem de gerçekte eğrilmiş şeyden farklıdır. Şekil açısından farlılık şundandır; eğrilmiş şey bükülmüş (uzatılmış) ipliktir. Kumaş ise eni ve boyu olan, bir araya getirilip birleştirilmiş bir nesnedir. Bunların birbirinden farklı olduğunun delili isimlerin değişik olmasıdır. Gerçekte ve hüküm açısından farklılığa gelince; eğrilmiş ip ve pamuk tartılarak alınıp satılan şeylerdendir. Bunlar faizin söz konusu olduğu mallardandır. Kumaş ise uzunluk ölçüsü ile satılan, faizin söz konusu olmadığı mallardandır. Dokunduktan sonra önceki durumuna döndürülmesi düşünülemez. Her ikisinin birbirinden farklı olduğu anlaşılınca; ikincisinin sabit olması zaruri
[11/93] olarak birincinin ortadan kalkmasını gerektirir. Çünkü bir şeyin iki şey olması mümkün değildir. Sonra bu, gasbedenin fiili ile meydana geldiğinden onun mülkü olur. İlki onun fiili ile telef olduğundan onu öder.

Pamuğa gelince, gasbeden onu eğirdiğinde doğru olan görüşe göre malikin onun üzerindeki hakkı da ortadan kalkar. Muhammed (rh.a.), "Dâva Kitabı"nda buna işaret etmiştir; şöyle ki o pamuğu eğirmek ile eğrilmiş ipin dokunmasını birbirine eşit kabul etmiştir. Hanefi âlimlerimizden (rh.a.) bir kısmı bu ikisini birbirinden ayırarak şöyle demiştir: "Pamuk eğrilmiş iptir. Çünkü kişi dikkatlice baktığında pamuğun ince ipliklerden meydana geldiğini görür. Bu, saf ipekte de gerçekleşir. Eğirme işlemi yanyana getirmekten ibaret olup karıştırmak ve iç içe geçirmekle ilgisi yoktur. Yanyana getirmekle değişikliğe uğramaz. Bu nedenle de daha önce olduğu gibi, tartı ile satılan ve faizin söz konusu olduğu mallardan olmaya devam eder. Ancak eğrilmiş ipin dokunması bundan farklıdır."

Gasbedilen şeyden başka bir mal imal etmek

Biz Hanefilere göre: Bir kimse başkasına ait keresteyi gasbederek kapı yapsa veya demiri gasbederek kılıç yapsa, demir ve kerestenin değerini öder. İmal ettiği şeylerin tümü kendisine ait olur.

Aynı şekilde Biz Hanefilere göre bir kimse ağaç veya kereste gasbederek kendi binasına koysa veya kiremit gasbederek binasına koysa yahut da kireç ile binasını yapsa bütün bunlarda gasbettiği şeyin değerini ödemesi gerekir. Mal sahibi binayı yıktırma hakkına sahip değildir.

Züfer ve Şâfiî (rh.a.)'ye göre bütün bunlarda mal sahibinin mal üzerindeki hakkı ortadan kalkmaz. Züfer bu konuda Şâfiî ile aynı görüşe sahiptir. Onların delili şudur; bir önceki meselenin aksine burada meydana gelen şey, gasbedilen ilk malın telef olması söz konusu olmaksızın, bu mal üzerinde fazladan bir niteliğin oluşmasıdır.

Bunun açıklaması Muhammed (rh.a.)'in *"el-Câmi"* adlı eserinde geçtiği üzere şu şekildedir; Kişi buğday satın alarak onu öğütse veya eğrilmiş ip satın alarak onu dokusa sonra satıcı malın fiyatını artırsa, bu caiz olmaz. Kişi kumaş satın alarak onu kesse ve dikse sonra satıcı kumaşın fiyatını artırsa bu caiz olur.

Züfer ve Şâfiî'nin bu konudaki delilleri şudur; gasbeden herhangi bir canlıya eziyet etme durumu söz konusu olmaksızın gasbettiği malın kendisini geri verme kudretine sahiptir. Bu nedenle geri vermesi gerekir. Nitekim ağacın üzerine bina yapıldığında böyledir.

Bunu şöyle açıklayabiliriz: Malın kendisi vardır. Dinen bunu geri vermek caizdir. İttifakla gasbeden malın kendisini verse bu caiz olur. Mal sahibi, gasbeden binasını yıkıncaya veya dikilmiş kumaşı sökünceye kadar sabretse, daha sonra kendi malını geri alma hakkına sahip olur. Bu, malın bâki olduğunu göstermektedir. Dinen gasbedenin gasbettiği malı geri vermesi gereklidir. Malı geri vermek caiz olduğu sürece mal sahibinin malı üzerindeki hakkı da aynı şekilde devam eder. Ancak kişi bir ip gasbedip bununla kendi karnını veya kölesinin karnını dikerse yahut da tahta gasbederek bununla gemisini onanırsa, gemi de denizin ortasında bulunuyorsa işte bu durumlarda mal sahibinin mal üzerinde hakkı kalmaz. Burada bir canlıya acı verme ve yapıyı ortadan kaldırma bulunduğu için malın kendisini geri vermek caiz değildir. Çünkü bu dinen haram kılınmıştır. Geri vermenin caiz olmaması, dinen mal sahibinin geri alma hakkının da ortadan kalkmasını gerektirir.

Bizim (Ebû Hanîfe, Ebû Yusuf, Muhammed) bu konudaki delilimiz ise şudur; Mal, kendisinden gasbedilen kişinin mülküdür. Ona bitişen değerli nitelik ise gasbedenindir. Gasbedenin zulmetmiş olması, onun değerli olan hakkını düşürmez. Nitekim gasbeden kumaşı kendi boyası ile boyasa boyadaki hakkı düşmez. Ancak o meselede boya bizzat değerlidir. Bu nedenle kumaş sahibine boyanın değerini gasbedene ödemesini gerekli kılarak hem gasbedenden zararı

[11/94]

def etmek, hem de mal sahibinin kumaş üzerindeki hakkını devam ettirmek mümkündür. Bu meselede ise nitelik başlı başına, kendiliğinden değerli bir mal değildir. Zararı ortadan kaldırmak da gerekir. Geriye mal sahibine gasbedilen malın değerinin verilmesini gerekli kılmak suretiyle zulmü ortadan kaldırma yolundan başkası kalmamaktadır. Böylelikle o kendi mülkünün değerini elde edecek ve niteliğin sahibinin nitelik üzerindeki hakkı da gözetilmiş olacaktır. Çünkü iki taraftan birinin zararla karşılaşması kesindir. Ancak gasbedenin zarara sokulması onun hakkını ortadan kaldırma anlamına geldiği durumda, değerin ödenmesine hükmetmek suretiyle mal sahibinin mal üzerindeki hakkına son vermek onun hakkını ortadan kaldırmak değil, malının değerini tam olarak ödemek anlamına gelir. *İmkan oranında zararı ortadan kaldırmak gerekir.* Hakkın bir şeyden başka bir şeye nakledilmesi nedeni ile olan zarar, hakkın iptal edilmesi ile olan zarardan daha düşüktür. Bu daha önce geçen dikme ve tahtayı gemide kullanma meselesinin benzeridir. Bu nedenle biz burada malın geri verilmesine cevaz verdik. Çünkü geri vermenin mümkün olmaması gasbedenin zarara uğramaması içindir. Kendisi geri vermeye razı olunca zararı da yüklenmiş olur.

Eğer "kumaşın sahibi malın kendisine, gasbeden ise kumaş üzerindeki niteliğe sahiptir. Hiç şüphesiz ki mal sahibinin hakkını gözetmek daha önceliklidir. Mal üzerindeki niteliğin sahibi suçlu olduğu durumda onun hakkı için bunun terkedilmesi caiz olmaz" denilirse, buna şu şekilde cevap veririz: Mal üzerindeki nitelik her açıdan mevcut bulunmaktadır. Malın kendisi ise yalnızca bir açıdan mevcut bulunmaktadır. Çünkü mal, gasbedilen kişinin doğrudan kendi mülkü idi. Şimdi ise başkasının mülküne tâbi duruma gelmiştir. *Tâbi olan, asıldan başkadır.* Bu nedenle bu mal; daha önceden şuf'a hakkı ile elde edilmesi mümkün olmayan menkul bir mal iken şimdi şuf'a ile hak edilebilen bir mal durumuna gelmiştir. Yine onda bunun dışındaki yararlanma yolları ortadan kalkmıştır. Bundan anlaşılmaktadır ki gasbedilen kişinin malı yalnızca bir açıdan mevcut bulunmaktadır. *Her bakımdan var olan bir şey; bir açıdan var bir açıdan telef olmuş şeye üstün gelir.* Asıl (gasbedilen malın kendisi), kerestenin kullanılması meselesinde olduğu gibi ancak her bakımdan mevcut olduğunda üstün gelir. Çünkü ağaç meselesinde asıl her açıdan mevcut bulunmakta, bina yapılmadan önce kullanılabildiği her işte kullanılabilmektedir. Bina yapılmadan önce olduğu gibi daha sonra da şuf'a (ön alım hakkı) yolu ile hak kazanılmaktadır. Bu nedenle biz o meselede ağaç sahibinin hakkına itibar edilmesini tercih ettik.

Kişinin kumaşı gasbederek onu yıkaması, belirttiğimiz hükümlerin hiçbirisi ile çelişmez. Çünkü yıkama durumunda gasbedenin kumaş üzerinde meydana getirdiği kendi başına var olan, değerli bir nitelik yoktur. Yıkamak yalnızca elbiseden kiri giderir. Sonra beyaz renk pamuğun aslî niteliğidir.

"Çamaşırcılar ücret ile tutulmuyorlar mı? (Şu durumda yıkamak da başlı başına bir iş degil midir?)" denilemez. Buna şu şekilde cevap veririz: Evet böyledir. Ancak bu ücrete hak kazanma, yaptığı iş nedeniyle yıkanan şeyler üzerinde bir niteliğin meydana gelmesi bakımından değil, yıkanan şeyler üzerinde yaptığı işin sonucu bakımındandır.

Kerhî (rh.a.) ağaç konusunda ihtilaflı olan hususun; binayı ağacın etrafına yaparak ağacı binaya sokmakta olduğunu, binayı ağacın üzerine yapmakta olmadığını söylemiştir. Çünkü binayı böyle yapmakla tecavüz eden olmuş olmaz. Ancak binayı ağacın üzerine yaparsa başkasının malına tecavüz etmiş olur. Ağaç bir açıdan bu binanın temeli gibidir. Bu nedenle ağaç meselesinde olduğu gibi bina, ağacın geri verilmesi için yıkılır. Ancak Kerhî'nin bu görüşü zayıftır. Çünkü Muhammed (rh.a.) *"Sarf Kitabı"*nda şunu söylemiştir: "Kişi bir ineği gasbederek (onun derisinden) yolcunun su kabının kulbunu yapsa ineğin sahibinin onda hakkı kalmaz. Halbuki gasbeden burada yaptığı fiilde tecavüz eden konumundadır. Çünkü o başkasının mülkünde tasarrufta bulunmuştur." Bu göstermektedir ki tasarrufun başkasının mülkünde olmasıyla kendi mülkünde olması arasında fark yoktur. Doğru olan bizim söylediğimizdir.

Başkasına ait buğdayı gasbedip ekmek

Biz Hanefilere göre bir kimse başkasına ait buğdayı gasbederek tarlaya ekse, sonra buğday yetişmiş iken veya ot durumunda iken buğdayın sahibi gelse, gasbeden ona buğdayının benzerini öder. Buğday sahibinin ekinde hakkı yoktur.

[11/95]

Şâfiî (r.a.)'ye göre ise ekin buğday sahibinin olur. Çünkü ekin onun malından meydana gelmiştir. Cariyenin çocuğu ve ağacın meyvesinde olduğu gibi, *"bir şeyin aslına sahip olmakla ondan meydana gelen şeye de sahip olunur."* Bu hükmün nedeni şudur; çiftçilerin fiili, hareket etmek suretiyle çalışmaktır. Nesneler (ekin) ise hareket sonucu oluşmaz. Ekinin asıl maldan (buğdaydan) meydana geldiğinin delili şudur; çiftçilerin yaptığı iş aynı olsa bile asıl mal (buğday)ın değişik olması ile ekin de değişik olmaktadır. Bunun delili de şudur; herhangi bir kimsenin girişimi olmaksızın rüzgârın bir kişiye ait buğdayı toprağa fırlatması sonucu orada ekin bitse ekin buğdayın sahibine ait olur.

Bizim bu konudaki delilimiz ise şudur; ekin buğdaydan farklı bir şeydir. Çünkü buğday insanoğlunun yiyeceğidir. Ekin ise hayvanların yiyeceği olan ottur. Bu ekin sonradan olmuştur. Çünkü tane yerin altında çürümedikçe ekin bitmez. Ekinin sonradan oluşması; ya buğdayın kendisi veya toprak ve havanın kuvveti yahut da çiftçilerin fiilleri ile olur. Birincisi olamaz. Çünkü onun buğday olması bu şekilde buğday olarak kalacağının illeti (gerekçesi) olamazken nasıl olur da bir başka şeyin meydana gelmesinin illeti olabilir? Toprak ve havanın kuvveti de olamaz. Çünkü bunlar Allah'ın takdiri ile insanın hizmetine verilmiştir. Bunların iradesi yoktur. Dolayısıyla çiftçilerin fiilini yok sayarak ekinin bitmesini toprak ve havaya bağlamak

uygun olmaz. Çiftçinin fiili koşul konumundadır. Çünkü o; tohum, toprak ve havanın kuvvetini kendi fiili ile bir araya getirmektedir. Biz daha önce *"hükmün illete dayandırılması imkansız olursa hüküm koşula dayandırılır"* diye belirtmiştik. Nitekim kuyuya düşen kişinin ölmesi kuyuyu kazanın fiiline bağlanır. Halbuki onun fiili koşul konumundadır. Ancak illet olup da illetten başka bir şeye benzeyen şeyin fiili, hükmün kendisine bağlanması için elverişli olmaz. Bu durumda hüküm koşula dayandırılır. Ekin çiftçinin fiiline dayandırıldığına göre onun kazancı olur. Kazanç onu kazanana ait olur. Çiftçi kendi fiili ile telef olan buğdayın değerini öder. Ancak Ebû Hanîfe ve Muhammed (rh.a.)'e göre buğday sahibinin buğdayından fazla olan miktar kendisi için tayyib (hoş ve temiz) olmaz. Ebû Yusuf (rh.a.)'a göre ise fazlalık kendisi için temiz bir kazanç olur. Çünkü o kendisinin kazancıdır. Biz (Ebû Hanîfe ve Muhammed) ise şöyle demekteyiz: Bunu kazanmada başkasının mülkünü kullanması nedeni ile fazlalık kazancına dahil olmuştur. Diğer taraftan bu ekin görünüş açısından (şekil itibarıyla) Şâfiî'nin de belirttiği gibi buğdaydan meydana gelmiştir. Anlam ve hüküm açısından ise ondan başkasından meydana gelmiştir. Şekle itibar ederek biz, ihtiyaten fazlalığın kendisine temiz olmayacağını söyledik.

Aynı şekilde kişi başkasının çekirdeklerini (filizlerini) gasbedip onları dikse, yahut küçük hurma ağacı filizini gasbedip bunu dikse hüküm belirttiğimiz gibi olur.

Ancak Ebû Yusuf (rh.a.)'tan rivâyet edildiğine göre; kişi küçük hurma ağacı filizlerini gasbettiğinde tazminat ödemedikçe bunlardan yararlanması helâl olmaz. Ekin ve tohumlarda ise yararlanabilir. Çünkü tohum ve çekirdek toprağın altında çatlayarak bozulur. Bu nedenle ekin ve ağaç her bakımdan gasbedenin kazancı olur. Dolayısıyla telef ettiğinin tazminatını ödemeden ondan yararlanması helâl olur. Hurma ağacının filizi ise bozulmaz. Bilakis gelişir. Biz ağacı, hüküm bakımından hurma filizinden farklı kabul ettik. Gasbedenin tıpkı buğdayı öğüttüğünde olduğu gibi, tazminatı ödemeden önce hurma filizinden yararlanması helâl olmaz. Zâhirü'r-rivaye'de yer aldığına göre her iki konuda cevap/hüküm birbirine eşittir.

[11/96]

Yine kişi başkasının tavuğunun altından yumurtayı gasbedip kendi tavuğunun kuluçkasına koysa ve yumurtadan yavru (civciv) çıksa hüküm yine böyledir.

Bununla ekin meselesi aynıdır. Civciv ile yumurta arasında fark olduğunu herkes anlayabilir. Çünkü birisi canlı diğeri ise cansızdır.

Müslümana ait şarabı gasbedip telef etmek

Kişinin bir ağacı gasbederek söküp onu kırması belirttiğimiz hükümlerle çelişmez.

Çünkü sökmek, sökülen şeyin isminde bir değişiklik meydana getirmemekle beraber sırf zarardır. Sonra kesmek, ağacın sökülmesinden sonra elde edilmek

istenen şeyi –ki bu da odundur- gerçekleştirmektir. Bu, gasbedilen koyunun boğazlanıp derisinin yüzülmesi meselesi gibidir.

Bir Müslüman başka bir Müslümanın şarabını gasbederek itlaf etse kendisine ödeme gerekmez.

Çünkü şarap değerli bir mal değildir. Din onun mal edinilmesini haram kılınca onun değerli olma niteliğini de bozmuş, ortadan kaldırmıştır.

Gasbeden şarabı sirke durumuna dönüştürürse, şarabın sahibi onu alabilir.

Çünkü şarap; mal edinme ve değerli olma anlamını yitirmiş olmakla Müslümanın mülkü olmaktan çıkmaz. Çünkü mülkiyet ayn'ın niteliğidir. Ayn ise bâkidir. Bu nedenle kişinin sirke yapmak üzere şarabı elinde tutması caizdir. O, başkalarından daha fazla buna hak sahibidir.

Gasbeden şaraba herhangi bir şey karıştırmaksızın onu sirke durumuna getirirse; şekil açısından mal daha önceki gibi olduğundan, bulunduğu durum üzere olmaya devam eder.

Gasbeden şarabın içine tuz atarsa tuz şarabın içinde telef olmuş olur.

Ölü hayvanın derisini gasbedip yararlanmak

Gasbeden gasbettiği şarabın içine kendisine ait sirkeyi dökerse meydana gelen şey karışım olur. Karıştırma işlemi, sonradan katılan şeyin değerini sahibine ödeme koşulu ile malı gasbedilenin malını artırır. Normalde böyle olmakla birlikte bu meselede gasbedene ödemeyi gerekli kılmak mümkün değildir. Çünkü Müslümana ait şarap telef edildiğinde ödenmez. Bu nedenle gasbeden malı oranında karışımda ortak olur.

Aynı şekilde bir kişi ölü bir hayvanın derisini gasbederek onu tabaklasa (Hanefi âlimlerimiz) burada iki ihtimalin söz konusu olduğunu söylemişlerdir:

a-Hayvanın sahibi deriyi atar da bir insan onu alıp tabaklarsa, ona sahip olur. Çünkü sahibi terketmek suretiyle onu atmıştır. Bu, bir kimse tarafından atılan çekirdekleri ve nar kabuklarını başkasının alıp yararlanmasına benzer. Bu kendisine mübah olur.

b-Ancak deriyi sahibinden gasbederek toprak ve güneşten yararlanmak suretiyle para ödemeksizin onu tabaklasa, deri sahibi onu almaya daha fazla hak sahibidir. Tabaklama işlemi karşılığında gasbedene herhangi bir şey ödemez.

Çünkü hayvan sahibinin hayvanı üzerindeki mülkiyeti hayvanın ölümünden sonra da devam etmektedir. Üstelik gasbeden bu mala fazladan değerli bir mal da eklememiştir. Biz daha önce yalnızca mal sahibinin hakkını ödemeye çevirmek mümkün olduğunda gasbedenin emeğinin dikkate alınacağını belirtmiştik. Bizim

meselemizde ise bu mümkün değildir. Çünkü ölü hayvanın derisi telef edilmiş olmakla ödenmez.

Gasbeden deriyi; billurlaşmış tuz, selem ağacının meyvesi veya pelit ağacının meyvesi vb. gibi değeri olan bir şeyle tabaklarsa deri sahibi, tabaklayan kişinin yaptığı işin bedelini ona ödemek suretiyle derisini alabilir.

Çünkü bu, kumaştaki boya gibi gasbedene ait duran bir maldır.

Ancak gasbedilen kumaşın gasbedene ait boya ile boyanması durumunun aksine bu meselede derinin sahibi deriyi gasbedene bırakarak onun değerini ödettiremez.

Çünkü boya olmadan önce de kumaş değerli bir mal idi. Deri ise tabaklanmadan önce değerli bir mal değildir.

Muhammed (rh.a.) "Kiralama Hükümleri ile ilgili bölüm"de şunu anmıştır:

Boğazlanmış hayvanın derisini gasbederek tabaklamak

Kişi boğazlanmış bir hayvanın derisini gasbederek onu değeri olan bir şey ile tabaklasa; derinin sahibi dilerse ona tabaklanmamış durumda derinin değerini ödettirebilir. Dilerse deriyi bu durumuyla alarak, tabaklayan kişinin deriye kattığı değeri öder.

Çünkü boğazlanmış hayvanın derisi tabaklanmadan önce değerli bir maldır. Bununla kumaş meselesi birbirine eşittir.

Başkasına ait meyve suyunu gasp etmek

Kişi sıkılmış meyve suyunu gasbetse, bu onun yanında şaraba dönüşse, mal sahibi gasbedene meyve suyunun değerini ödettirebilir. Çünkü gasbedilen şey değerli bir mal idi. Şaraba dönüştürmekle bu nitelik ortadan kalkmıştır.

Muhammed (rh.a.)'in "meyve suyunun değerini ödettirir" sözü ile kastettiği husumet (dâva) meyve suyunun kesilme anından sonra olursa böyledir. Ancak meyve suyunun kesilme anında onun benzerini öder. Çünkü meyve suyu standart mallardandır. [11/97]

Meyve suyunun sahibi, mal sirke durumuna dönüştükten sonra mal sahibi gelse dilerse sirkeyi alır. Dilerse meyve suyunun değerini gasbedene ödettirir.

Çünkü şeklin devam etmesiyle mal da varlığını devam ettirir. Ancak o tatlı durumdan ekşi duruma dönüşmüştür. Dilerse onun bu değişmiş durumuna razı olur ve başka bir şey ödettiremez. Çünkü meyve suyu faizin söz konusu olduğu mallardandır. Biz daha önce *"faizin söz konusu olduğu mallarda, malın kendisini geri almakla birlikte bunun yanında eksiği ödettirme hakkı yoktur"* diye açıklamıştık.

Meyve suyu sirkeye dönüşmeden önce mal sahibinin bu seçeneğe sahip olup olmadığını Muhammed (rh.a.) belirtmemiştir. Âlimlerimizden (rh.a.) bazıları onun seçim hakkına sahip olmadığını söylemişlerdir. Çünkü burada onun seçim hakkı olsa; şarabı almak, ödenmesi gerekli olan meyve suyunun bedeli olur. Bu ise caiz değildir. Doğru olan görüşe göre burada da şu yolla seçim hakkı olur: Kişi gasbedeni ödemeden beri kılar. Sonra kendi şarabını sirke yapmak üzere geri alır. Nitekim kişinin meyve suyu başkasının elinde emanet iken şaraba dönüşmüş olsa, hüküm böyle olur.

Kişinin elinde emanet olan buğday ve arpanın birbirine karışması

Bir kişinin başka birinde buğdayı bulunsa, diğer bir kişinin de onda emanet olarak arpası bulunsa, bilinmeyen ve ele geçirilmesi mümkün olmayan bir kişi bu buğday ve arpayı birbirine karıştırsa buğday ve arpa satılarak elde edilen bedel buğday ve arpanın payına bölünür.

Bu Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.)'in görüşüdür. Aynı zamanda Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre İstihsan yolu ile verilmiş bir hükümdür.

Ebû Hanîfe'nin kıyasa uygun görüşüne göre ise karışım onu karıştıranın mülkü olmuştur. Buğday ve arpanın sahiplerinin hakkı onları karıştıranın zimmetindedir. Kendi hakları için onun mülkiyetini satma yetkileri yoktur.

İstihsan'ın dayandığı delil ise şudur; karışım her ne kadar karıştıranın mülkü olsa bile mal sahiplerinin onun üzerindeki hakları ortadan kalkmamıştır. Bilakis haklarının tamamen ortadan kalkması ancak mallarının bedellerini elde etmeleri ile olur. Görmez misin malların bedelini ödemedikçe onları karıştıran kişinin bundan yararlanması helâl olmaz. Buğday ve arpanın sahiplerinin hakkı devam ettiğine göre; karıştıran kişiden tazminatı elde etme imkanı kalmayınca onların hakkını ödemek için karışımın satılacağını söyledik. Nitekim alıcının gaip olması durumunda satıcının elindeki mal satılarak onun bedeli kendisine ödenir.

Sonra buğdayın sahibi kendi buğdayının arpa ile karışmış olduğu durumdaki bedelini hesaplayarak fiyat biçer. Arpa sahibi ise kendi arpasının buğday ile karışmamış durumdaki bedelini hesaplayarak fiyat biçer.

Çünkü buğday arpa ile karışınca fiyatı eksilir. Buğday satışa bu şekilde arz edilecektir. Dolayısıyla yalnızca satıştaki biçimiyle ona fiyat biçilir. Arpa ise buğday ile karışınca fiyatı artar. Ancak bu fazlalık buğday sahibinin malından kaynaklanmakta olduğundan arpanın sahibi bunu hesaba katamaz. Bundan dolayı da arpanın fiyatı karışma işleminden önceki durumuyla hesaplanır.

Ölçülerek ve tartılarak satılan bütün şeylerde durum bu şekildedir.

Yani birbirinden ayrıştırılması çok zor veya imkansız olacak biçimde aralarında karışım meydana gelmişse hüküm böyledir.

Buğday ve arpanın sahipleri kendi mallarının ölçüsünün miktarında ihtilaf etseler, bu karışımı da ölçmeden götürü olarak satmış olsalar, alıcı bunu tüketmiş olsa buğdayın miktarı konusunda arpa sahibinin, arpanın miktarı konusunda da buğday sahibinin sözü kabul edilir.

Çünkü her biri kendi mülkünün daha fazla olduğunu iddia etmektedir.

Her birinin diğeri aleyhine kendisi için iddia ettiği şey kabul edilmez. Her biri diğerinin iddia ettiği fazlalığı inkar etmektedir. Karşılıklı inkar nedeni ile her biri diğerinin iddiası konusunda yemin eder. Yeminden sonra karışımın bedeli onların arasında, inkar eden kişinin, diğerinin mülkünün miktarı hakkındaki iddiasına göre taksim edilir.

Bir tarafın gasp diğer tarafın hibe konusunda tanık getirmesi

Bir kimse başkasının elinde bulunan bir kumaşın kendisine ait olduğuna ve zilyedin onu kendisinden gasbettiğine dair tanık getirse, kumaşı elinde bulunduran da diğerinin onu kendisine hibe ettiğine dair tanık getirse; kumaşın zilyede ait olduğuna hükmedilir.

Çünkü o, kendisi için sonradan meydana gelen mülkiyet nedenini ispat etmekte, diğeri ise bunu inkar etmektedir. Diğer taraftan biz her iki durumu da gerçekleşmiş kabul ederiz. Çünkü gasbdan sonra hibe, mülkiyeti gerektirecek şekilde gerçekleşir.

Aynı şekilde dâvacı, belirlenen fiyata bunu ona sattığına dair veya zilyedin kumaşın dâvacıya ait olduğunu ikrar ettiğine dair tanık gösterse hüküm yine böyledir.

Çünkü satış ve mülkiyet ikrarı gasbdan sonra gerçekleşebilir. Bu nedenle her iki delil de kabul edilir.

Bir malı elinde bulunduran iki kişinin karşılıklı gasp iddasında bulunması

Bir kumaş iki kişinin elinde bulunsa, bunlardan her biri kumaşın kendisine ait olduğuna, diğer kişinin bunu kendisinden gasbettiğine dair tanık gösterse kumaşın bu kişiler arasında yarı yarıya ortak olduğuna hükmedilir.

Çünkü onlardan her biri diğerinin kendi elinde bulunan kumaşı kendisinden gasbettiğini ispat etmektedir. Onların her birinin elinde de kumaşın yarısı bulunmaktadır. Bu nedenle onlardan her birinin tanıklarının sözü, karşıdakinin elinde bulunan konusunda kabul edilmeye daha layıktır. Bundan dolayı her biri için diğerinin elinde bulunan yarıma hükmedilir.

Bir kimsenin elinde bulunan mal hakkında iki kişinin ihtilaf etmesi

Bir kimsenin elinde bulunan bir kumaş hakkında iki kişi anlaşmazlığa düşseler, bunlardan biri kumaşın kendisine ait olduğuna, kumaşı elinde bulunduran kişinin miras bırakanına kumaşını emanet olarak bıraktığına dair tanık getirse, diğer kişi de kumaşın kendisine ait olduğuna, ölen kişinin hayatta iken bunu kendisinden gasbettiğine dair tanık getirse kumaşın bu iki kişiye ait olduğuna hükmedilir.

Çünkü onlardan her biri kumaşın tümünün kendisine ait olduğunu, bunun ölünün eline geçmesinin, kendisi tarafından meydana geldiğini ispat etmiştir. Bu nedenle her ikisi de eşit olmuştur. Ödemeyi hak etme açısından, gasp iddiasında bulunan kişinin tanıkları tercih edilmez. Çünkü diğeri lehine de ödeme sabit olmuştur. Çünkü emanet alan kişi emaneti bildirmeden ölürse onu öder. Ayrıca tanık getirmekten maksat mal üzerinde mülkiyeti ispat etmektir. Mal bâki kaldıkça değerin ödenmesine itibar edilmez.

Bir kimse ölen bir kişinin mirasçısının elinde bulunan belirli dirhemlerin kendisinin mülkü olduğuna, ölen kişinin bunları kendisinden gasbettiğine dair tanık getirse, ölen kişiden alacaklı olan diğer kişilerden daha fazla dirhemler üzerinde hak sahibi olur.

Çünkü o, dirhemlerin kendisine ait olduğunu tanık göstermek suretiyle ispat etmiştir. Gasp fiilinde bizzat o dirhemler üzerinde hüküm sabit olur. Bu nedenle gasbeden malın kendisini elinde tutup benzerini verme yetkisine sahip değildir. Diğer alacaklıların hakkı ise ölenin zimmetindedir. Bu nedenle borçlunun ölümünden sonra alacak, malı gasbedilen kişinin malına değil, ölenin malına geçer.

Bir kişi bir başkasının elinde bulunan kumaşın kendisine ait olduğunu iddia etse ve zilyedin onu kendisinden gasbettiğine dair tanık getirse, diğeri de zilyedin malı kendisi lehine ikrar ettiğine dair tanık getirse, kumaşının zilyed tarafından gasbedildiğine dair tanık getiren kişinin tanıklarının sözü kabul edilir.

Çünkü o, tanıklarla mülkiyetin kendisine ait olduğunu ve zilyedin gasbeden olduğunu ispat etmiştir. Diğeri ise tanıklar ile yalnızca gasbedenin kendisi adına mülkiyet ikrarında bulunduğunu ispat etmiştir. Gasbedenin başkası lehine yaptığı ikrar, mal sahibinin malında hak sahibi olma konusunda delil olmaz.

Gasbedilen malı başkasına emanet bırakmak

Bir kişi başkasının kumaşını gasbederek, bir kişinin yanına emanet bıraksa, kumaş emanet alanın yanında telef olsa, kumaşın sahibi bu iki kişiden dilediğine kumaşın değerini ödettirebilir.

Çünkü onlardan her biri kumaş sahibinin hakkına tecavüz etmiştir. Kumaş sahibi, emanet alan kişinin onu teslim almasına razı değildir. Emanet alan kişi, kumaşın sahibi açısından gasbeden gibidir.

Kumaş sahibi kumaşın değerini emanet alana ödettirirse, o kişi ödediği bedeli gasbedenden geri alır.

Çünkü emanet alan, malı koruma konusunda gasbeden adına çalışmakta olup onun tarafından aldatılmıştır. Çünkü gasbeden bunun kendi mülkü olduğunu, emanet alanın elinde telef olursa hiçbir şey borçlanmayacağını haber vermiştir.

Muhammed (rh.a.) şu mesele hakkında bir şey belirtmemiştir:

"Emanet bırakılan kişi kumaşı gasbedene geri verirse veya ondan gasbedip tekrar kendisine geri verirse, kumaş sahibinin emanet alan üzerinde bir hakkı olabilir mi?."

Bunun cevabı şudur; Malikin onun üzerinde bir hakkı yoktur.

[11/99] Ebû Yusuf (rh.a.)'tan bir rivâyete göre O şöyle demektedir: "Emanet alan, malı teslim almakla mal sahibine onu ödemekle yükümlü duruma gelmiştir. Malı ancak sahibine yahut da zilyedliği sahibinin zilyedliği yerine geçen kişiye vermekle bu ödeme yükümlülüğünden kurtulabilir. Gasbedenin zilyedliği, mal sahibinin zilyedliğinin yerine geçmez. Bu nedenle ona geri vermekle kurtulmaz."

Biz ise şöyle demekteyiz: Emanet alanın ödemekle yükümlü olması malı elinde bulundurması nedeniyledir. Mal kendisine hangi yoldan ulaşmışsa malı ona geri vermekle kendisinin mal üzerinde zilyedliği kalmamış ve mal üzerinde zilyedliğinin hükmü ortadan kalkmıştır. Onun açısından bu fiil, gasbedenin malı sahibine geri vermesi gibidir.

Bir kişi başka bir kişiye "sen benim doldurulmuş cübbemi gasbettin" dese diğeri de "ben onu değil, elbisenin yüzünü gasbettim" dese yeminle birlikte gasbedenin sözü kabul edilir.

Çünkü o, mal sahibinin iddiasını inkar etmektedir. Şöyle ki; mal sahibi cübbenin gasbedildiğini iddia etmektedir. Yüz, cübbe değildir. Ayrıca gasbeden astar ve astarın içindeki dolgu maddesini gasbettiğini inkar etmektedir. Eğer o gasbı tamamen reddetse idi, yeminle birlikte onun sözü esas alınırdı. Gasbeden yemin ettikten sonra, cübbenin dış yüzünün gasbedilmesini ikrar ettiğinden onun değerini öder. Onun ikrarı kendisi aleyhine delildir. Bu durumda onun amacı dış elbiseyi gasbedip ondan cübbe yapmaktır.

Gasp konusunda gasbedenin ikrarından dönmesi

Gasbeden "ben (falana ait bu) cübbeyi gasbettim" dedikten sonra "ancak (bunun) astar ve dolgu maddesi bana aittir" dese sözü kabul edilmez.

Çünkü o ikrar ettiği şeyden dönmüş olur. Çünkü "cübbe" sözcüğü hepsini kapsamaktadır.

Aynı şekilde gasbeden "senden bu yüzüğü gasbettim" dedikten sonra, "onun taşı bana aittir" dese veya "bu bölgeyi gasbettim" dedikten sonra "oradaki bina bana aittir" dese, yahut "bu araziyi gasbettim" dedikten sonra "oradaki ağaç bana aittir" veya "o ağacı ben diktim" dese, sözü kabul edilmez. Çünkü sonraki sözleri ile ikrarından dönmektedir.

Çünkü bina ve ağaç, asıl olan araziye tabidir. Aslın söylenmesiyle onlar da söylenmiş olurlar. *Asıl hakkında gasp hükmünün sabit olmasıyla ona bağlı olan şeyde de bu hüküm sabit olur.* Yüzüğün taşı da böyledir. Bütün bu durumlarda

gasbeden, başkasına ait olduğunu ikrar ettiği şeyin bir kısmında mülkün kendisine ait olduğunu söylemekle daha önceki ikrarından dönmüş olmaktadır.

Gasbeden "ben senden bu ineği gasbettim" deyip sonra da "onun buzağıları bana aittir" dese veya "bu cariyeyi gasbettim" deyip "sonra da onun çocuğu bana aittir" dese onun sözü kabul edilir.

Çünkü çocuk anasından ayrıdır. Anasına tabi değildir. Gasbedenin aslı ikrar etmesi onun yavrusuna da geçmez. Ancak biz Hanefilere göre hak sahibi olmak suretiyle el koyma meselesi bundan farklıdır. Biz bu hususdaki farkı "Dâva" bölümünde açıkladık. Gasbeden çocuğun kendisine ait olduğunu iddia etmekle ilk sözünü bozmuş olmaz. Aksine o *"Bir kişinin elinde olan şey, başkası adına ikrar ettiği hariç görünüşte onun mülküdür"* prensibine tutunmuştur.

Gasbedilen şeyi sahibine habersizce tükettirmek

Biz Hanefilere göre bir kimse başkasından gasbettiği elbiseyi sahibine giydirse, elbiseyi yırtılıncaya kadar giymeye devam eden elbise sahibi bunun kendisine ait olduğunu bilmese gasbedenin herhangi bir şey ödemesi gerekmez.

Aynı şekilde biz Hanefilere göre ölçülen ve tartılan bir şeyi kişi gasbetse sonra da bizzat bunları sahibine yedirse veya ona hibe etse de o yese, yediğinin kendi malı olduğunu da bilmese gasbeden ödemekle yükümlü olmaz.

Şâfiî (rh.a.)'nin iki görüşünden birine göre gasbeden ödeme yükümlülüğünden kurtulmuş olmaz. Çünkü o kendisine emredilen biçimde malı geri vermemiştir. Onun yaptığı aldatmadır. Din aldatmayı emretmemiştir. Gasbeden ancak malı geri vermekle ödemeden kurtulabilir. Geri vermediği zaman öder. Ayrıca gasbeden, malı daha önceki durumu ile gasbettiği kişiye iade etmemiştir. Çünkü kendisine yemek verilen kişi, kendisine mübah kılınan yemekte dilediği gibi tasarrufta bulunma konusunda serbest bırakılmamıştır. Bu nedenle gasbedenin fiili malı geri verme konusunda yetersiz kalmıştır. Biz bu fiili malın geri verilmesi olarak kabul edersek malı gasbedilen kişi bundan zarar görür. Çünkü o, diğer kişinin kendisine konuk olarak ikramda bulunduğu haberine dayanarak, yemeye girişmiştir. Kendi mülkü olduğunu bilseydi belki de yemeyerek onu ailesine götürür, onlarla birlikte yerdi. Ondan zararı kaldırmasının tek çaresi gasbedenin ödemesidir.

[11/100]

Biz Hanefilerin bu konudaki delilimiz ise şudur; gasbedene gerekli olan yaptığı fiili ortadan kaldırmaktadır. Bu da gerçekleşmiştir. Şekil itibarıyla gerçekleşmiştir. Çünkü mal sahibinin eline kendi mülkü ulaşmıştır. Bununla daha önceden kaçırılan durum ortadan kalkmıştır. Hüküm açısından da gerçekleşmiştir. Çünkü mal sahibi bununla tasarrufa güç yetirir duruma gelmiştir. Bu nedenle onda tasarrufta bulunsa tasarrufu geçerli olur. Ne var ki o durumdan habersizdir. Gasbı ortadan kaldıran durumun gerçekleşmiş olması durumunda mal sahibinin durumdan habersiz olması, ödeme borcunun gasbedenin zimmetinde devam etmesini

gerektirmez. Nitekim kişi bir malın kendisine ait olduğunu sanarak tükettiğinde, malın gerçekte başkasına ait olduğunu bilmemesi, ödemenin gerekli olmasına engel oluşturmaz. Çünkü telef etme gerçekleşmiştir.

Biz daha önce sadece haber vermek suretiyle gerçekleşen aldatmanın bir hükmü gerekli kılmadığını açıklamıştık. Aldatma ancak bir ödeme akdi içinde olursa dikkate alınır. Bu meselede ise ödeme akdi yoktur. Çünkü mal sahibini ağırlayan (ona yemek ikram eden) gasbeden, kendisi için bir bedel verilmesini koşul koymamıştır. Ayrıca burada olsa olsa gasbedenin kendisine emredilen bir biçimde malı geri vermemesi durumu bulunmaktadır. Ancak malı gasbedilen kişinin malını eline geçirmesi, gasbedenden ödeme borcunun düşmesi için yeterlidir. Görmez misin kişi gasbedenin evine gelerek bizzat kendisinden gasbedilen yemeği, gasbedene ait olduğunu sanarak yese gasbeden ödeme borcundan kurtulur. Yemeği gasbedenin vermesi durumu da işte böyledir.

Gasbeden gasbettiği hurmayı nebiz (şıra) durumuna getirdikten sonra hurma sahibine bunu içirse hurmayı öder.

Çünkü o nebiz durumuna getirmekle gasbettiği şeyi değiştirmiştir. Hurma ödeme onun zimmetinde kesinleşmiştir. Hurma sahibine ondan yapılan nebizi içirmek ne gasbedilen şeyi ona geri vermek ne de ödeme anlamına gelir.

Unun ekmek yapılarak mal sahibine yedirilmesi ve etin kızartılarak ona yedirilmesi gibi durumların tümünde de hüküm böyledir.

Bir kimseye ait demiri gasbedip başka bir şey imal etmek

Bir kimse başkasının demirini gasbederek bundan zırh yapsa onun benzeri demiri öder. Bu mümkün olmazsa demirin değerini öder. Yine tunç gasbederek ondan kulplu kupa yapsa hüküm böyledir.

Çünkü gasbeden onu bulunduğu durumdan başka bir duruma getirerek onu itlaf etmiş olmaktadır. Yeni meydana gelen mamul; malzemenin şekil, anlam, isim, hüküm ve maksat bakımından değişikliğe uğraması nedeniyle gasbedenin fiili ile meydana gelmiştir. Bundan dolayı mal sahibinin ortaya çıkan yeni mamulde hakkı kalmaz.

Kerhî (rh.a.) şöyle demiştir: "Bu, meydana gelen ürün tartı ile satılmıyorsa böyledir. Ama tartı ile satılıyorsa Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre, maden parçasının gasbedilmesi meselesinde olduğu gibi, mal sahibi dilerse ürünü alma hakkına sahip olmalıdır."

En doğrusu, yukarıdaki cevabın mutlak olmasıdır. Çünkü gasbedilen şeyin ismi gasbedenin fiili ile değişikliğe uğramaktadır. Daha sonra açıklayacağımız üzere, isim değişmeksizin meydana gelen değişiklik ise böyle değildir.

Tuncun sahibi, gasbedene tuncun bedelini ödettirdikten sonra tunçtan yapılan kupayı kırsa onun sağlam iken sahip olduğu değeri öder.

Çünkü kupa gasbedenin mülküdür. Bu mülk dokunulmazlık hakkına sahiptir. Bundan dolayı malı gasbedilen kimsenin bunu kırması başkasının kırması gibi olmaktadır.

Aynı şekilde ödemeye hükmedilmeden önce tuncun sahibi kupayı kırsa kupanın sağlam olarak bedelini öder.

Çünkü kupa gasbedenin mülküdür. Onun fiili ile meydana gelmiştir. Değere hükmetmeden önceki durumla sonraki durum gasbeden hakkında eşittir. Ancak değere hükmedilmeden önce kırması durumunda ondaki alacağından düşülür. Çünkü malı gasbedilen kişi gasbedenden tuncun değerini almaya hak kazanmış, gasbeden de ondan kupanın değerini almaya hak kazanmıştır. Bu nedenle aralarında takas yapılır. Fazla olan kısmı birbirine öderler.

Bir kimsenin başkasına ait gümüşü gasbederek bundan dirhem yapması veya kap durumuna getirmesi, Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.)'e göre demir ve tunç gasbedilmesi meselesine eşittir. [11/101]

Çünkü gasbedenin yaptığı iş nedeni ile gasbedilen şeyin ismi değişikliğe uğramıştır. Hüküm de bu şekilde değişir.

Altın ve gümüş dışındaki madenler; şirket ve mudarebe akitlerinde sermaye olmaya elverişli olmadığı durumda dirhemler, bunun için elverişlidir. Bu meselede gasbedilen malı geri vermenin mümkün olması dikkate alınmaz. Çünkü bu durum demir ve tunç için de söz konusu olduğu durumda, bu maddelerden üretilen şeyler asıl maddeden farklı kabul edilmiş, meydana gelen kabın, gasbedenin kendi fiili ile yapıldığı kabul edilmiştir. Bu mesele de bunun benzeridir.

Ebû Hanîfe (rh.a.) ise malı gasbedilen kişinin gümüşten yapılan şeyleri geri alabileceğini, gasbedene de hiçbir şey ödemesi gerekmediğini söylemiştir. O, bu hükmün gerekçesini şöyle belirtmiştir: "Çünkü gümüşten yapılan şey de bizzat gümüşün kendisidir. Bu, tartılarak satılan şeylerden olmaya devam eder. Demir ve tunç ise böyle değildir." Kerhî (rh.a.) de gasbedilen maldan yapılan şeyin tartılabilir olup olmamasına göre cevabın farklı olmasını bu gerekçe ile delillendirmiştir.

Ebû Hanîfe (rh.a.)'nin ileri sürdüğü gerekçe şu şekilde açıklanabilir; Gümüş gasbederek bundan dirhem veya kap yapılması durumunda meydana gelen yeni şeyin adı değişmemektedir. Çünkü gasbedilen şeyin adı olan altın veya gümüş ismi yeni mal üretildikten sonra da devam etmektedir. Yalnızca sanatın adı değişmektedir. Çünkü dirhem ve dinar ismi altın ve gümüş üzerinde yapılan işçiliğe verilen isimdir. Yine burada ayn'ın (şeyin aslının) hükmü de devam etmektedir. Onun hükmü; a) tartı ile alınıp satılma, b) tartılabilir olma nedenine bağlı olarak faizin söz konusu olması, c) ayn'ları itibarıyla zekatın gerekmesidir. Şirket ve mudarebe akitlerinde sermaye olmaya elverişli olmak ise (ayn'ın değil) ayn üzerindeki işçiliğin hükmüdür. Bu nedenle Ebû Hanîfe (rh.a.) şöyle demektedir: "Piyasada bulunan altın ve gümüş dışındaki paralardan, birbirinden fazla farklılık

göstermeyenler bu hüküm bakımından altın ve gümüş gibidir." Ayn'ın ismi ve hükmü bulunduğu durum üzere devam ettiğine göre bu, gasbedilen şeyin varlığını aynen koruduğu gösterir. Malı gasbedilen kimsenin bu malı geri alamaması, gasbedenin bu malda işçilik yapmış olmasındandır. Oysa (altın, gümüş gibi) bu tür mallarda malın kendisinden ayrı olarak işçiliğe değer biçilmez. Mesele bu yönü ile demir ve tunç gasbedilmesi konusundan ayrılmaktadır. O meselede mal üzerinde yapılan işçilik, malı tartılarak satılma ve faizin geçerli olması durumundan çıkarmaktadır. Faizin söz konusu olmadığı mallarda işçiliğin (malın kendisinden ayrı olarak) bir değeri vardır. Hem de daha önce belirttiğimiz gibi o meselede malın isim ve hükmü değişikliğe uğramaktadır.

Gasbedilen şey yerine başka bir şey vermek

Bir kimse başkasına ait buğdayı gasbederek tüketse sonra da tükettiği buğday karşılığında buğdayın sahibine, henüz teslim almadığı arpa, ölçü veya tartı ile alınıp satılan bir mal veya ticaret malı satsa, peşin olarak yapılırsa bir sakınca olmaz.

Çünkü gasbedenin zimmetinde, gasbettiği kadar buğday gerekli olmuştur. Buğdayı arpa karşılığında satmak nasıl olursa olsun caizdir. Buğday ayn olarak var olur da arpa zimmette borç olursa yine böyledir. Ancak zimmetteki borcu borç karşılığında satmak haramdır. Bu nedenle gasbedenin, gasbettiği buğdaya karşılık gelen kısmı akit meclisinde teslim etmesi gereklidir. Aksi takdirde borcun borçla satılması durumu ortadan kalkmamaktadır.

Borç alınan şey yerine başka bir şey vermek

Aynı şekilde bir kimse bir başkasına borç (karz) olarak gıda maddesi verse, satış ve selem akitlerinin aksine, verdiğine karşılık olarak ondan verdiğinden başka dilediği bir şeyi alabilir.

Muhammed (rh.a.) bununla şunu kastetmektedir: Satılan şeyi karşı tarafa teslim etmeden önce başka bir şeyle değiştirilmesi (istibdal) caiz değildir. Üzerine selem akdi yapılan mal satım akdine konu olan mal hükmündedir. Karz ve gasp bedeli ise satılan mal hükmünde değildir. Bu nedenle bunlarda ibra yapmak suretiyle malı teslim almayı tamamen ortadan kaldırmak mümkün olduğu gibi, satım akdinde satılan şeyin bedelinin başka bir şeyle değiştirilmesi durumunda olduğu gibi, burada da başka bir şey ile değiştirmek caizdir.

Bir kimse başka bir kişinin hayvanını gasbetse, hayvan sahib, hayvanın, gasbedenin elinde telef olduğuna dair tanık getirse, gasbeden de hayvanı geri verdiğine ve hayvanın sahibinin yanında telef olduğuna dair tanık getirse gasbedene ödeme gerekli olmaz.

Biz bu meselede Ebû Yusuf (rh.a.)'un farklı görüşü olduğunu belirtmiştik.

Bu hükmün gerekçesi şudur; malı gasbedilen kişinin tanıkları, istishâb (daha önceki durumun devam ettiğine) dayanmaktadır. Gasbedenin tanıkları ise sonradan meydana gelen bir duruma –ki bu da hayvanı sahibine geri vermektir- uymaktadır. Bu nedenle kabul edilmeye daha layıktır. [11/102]

Bir Müslüman bir Hıristiyanın şarabını gasbederek telef etse, biz Hanefilere göre onun değerini ödemesi gerekir.

Şâfiî (rh.a.) ödemenin gerekli olmadığını söylemiştir.

Domuz da böyledir.

Mütekavvim (değerli) olmayan malların gasp ve ödemesi

Şâfiî (rh.a.)'nin bu hususta delili şudur; Şarap ve domuzun bizzat kendileri haram kılınmış şeylerdir. Bu nedenle telef edildiklerinde Müslümanın hakkı olarak ödenmezler. Bu, zimmî için de geçerlidir. Çünkü onların hakları bizim haklarımızın altındadır. Şöyle ki; biz zimmet akdi ile; şarap içip domuz yemelerine karışmama konusunda onlara garanti vermiş bulunuyoruz. Onların bu mallarını telef eden kimseye ödemenin gerekli olması ise bunun ötesinde bir şeydir. Bunu şöyle açıklayabiliriz: Onların bu mallarına müdahalede (el atmada) bulunulmaması şarap ve domuzun değerli mal olduğuna inanmaları nedeniyledir. Ancak onların bu inancı, bu malları telef eden Müslümana ödemeyi zorunlu kılma konusunda delil olamaz. Bu inanç yalnızca kendi haklarında muteberdir. Bu nedenle biz onların şarap içmelerinden dolayı had (ceza) uygulamadığımız gibi, bu konuda herhangi bir kimsenin onlara el atmasına da izin vermeyiz. Yaptıkları nikahlar konusunda da onlara karışılmaz.

Onların inancının başkası hakkında bağlayıcı olmadığının delili şudur; bir mecusi (ateşe tapan) ölerek geride iki kız çocuğu bıraksa ve bunlardan birisi ile de evli bulunsa bu kadın evlilik bağı nedeniyle mirastan ayrıca bir fazlalık alamaz. Onların inancı, mirasta kardeşlerden birinin diğerinden daha çok hak elde etmesi konusunda göz önüne alınmamıştır.

Aynı şekilde zimmî (İslam ülkesi vatandaşı olan gayri müslim) kişiye ait olan mürted köle, Müslüman tarafından öldürüldüğünde, her ne kadar zimmî bu kölenin değerli bir mal olduğuna ve kendi inancında haklı olduğuna inansa da Müslüman, bu kölenin değerini ödemez. Zimmînin inancı, telef eden kişiye ödemeyi gerekli kılma konusunda delil olarak kabul edilmemiştir. (Biz Hanefilere göre de burada zimmînin mürted kölesine karışılır. Çünkü biz zimmet akdi yapmakla, bu konuda onlara karışmayacağımıza dair kendilerine garanti vermedik).

Biz Hanefilerin bu konudaki delilleri Ömer b. Hattâb (r.a.)'ın sözüdür. Şöyle ki o, uşr (ticaret için sevkedilen malların onda birini vergi olarak) toplamakla görevlendirdiği memurlarına "zimmet ehlinin sevkettiği şarap konusunda ne yapıyorsunuz?" diye sorduğunda onlar, "biz bu şarabın onda birini alıyoruz" dediler. Bunun üzerine Ömer (r.a.) "Böyle yapmayın, onlar şaraplarını satsınlar. Siz de bunun bedellerinden onda birini alın" dedi. Ömer (r.a.) onların satılmasına cevaz vermek ve uşr'un, bunun bedelinden alınmasını emretmekle, şarabı onlar hakkında değerli bir mal olarak kabul etmiştir.

Ebû Ubeyde "Kitabu'l-Emvâl"de şunu anmıştır: Ömer (r.a.) vergi toplamakla görevli bulunan memurlarına şu şekilde mektup yazmıştır: "Zimmet ehlinin sahip olduğu domuzları öldürün. Bunların değerini onların cizye borçlarından düşün." Bu, domuzun onlar hakkında değerli bir mal olduğuna ve telef edilmesi durumunda ödeneceğine dair açık bir ifadedir.

Bunun anlamı şudur; Şarap bizden öncekilerin dininde değerli bir mal idi. Önceleri bizim dinimizde de böyle idi. Daha sonra İslam dini Müslümanlar hakkında şarabın değerli mal olma özelliğini ortadan kaldıran bir hüküm getirmiştir. Allahu Teâlâ şöyle buyurmuştur:

﴿ يا أيُّهَا الذينَ آمَنُوا إنَّمَا الْخَمْرُ والميسرُ والأنصابُ والأزلامُ رجسٌ من عملِ الشيطانِ فهلْ أنتُمْ منتهُونَ ﴾

"Ey iman edenler! Şarap, kumar, dikili taşlar (putlar), fal ve şans okları birer şeytan işi pisliktir...Artık (bunlardan) vazgeçtiniz değil mi?" (el-Mâide 5/90-91).

Bu hitaba dahil olmayanlar hakkında şarap, önceki durumu üzere kaldı. Bu, şekil açısından böyledir.

Anlam açısından bunun açıklanmasına gelince; şarabın haram olması ve değerlenme niteliğinin bulunmaması İslam dininin emriile sabit olmuştur. Biz Müslümanlara, zimmet akdi yaptığımız gayri müslimleri kendi dinleri ile başbaşa bırakmamız emredilmiştir. Peygamber (s.a.v.)'in tebliğ ettiği dine, onlar inanmadıkları için, İslamın emri onlar hakkında geçerli olmadı. Ancak aradaki zimmet akdi nedeni ile kılıç yolu ile onları zorlama ve onlar ile savaş etme yetkisi de bize tanınmadı. Onlar hakkında İslamın emri inmemiş gibi kabul edilir. Hüküm daha önce bulunduğu durum üzere devam eder. Görmez misin Müslümanlardan
[11/103] şarabın haram olmasına dair hüküm indirildikten sonra henüz bunu bilmeden şarap içen kişi bundan dolayı sorumlu tutulmaz. Allahu Teâlâ şöyle buyurmuştur:

﴿ ليسَ على الذينَ آمنُوا وعملُوا الصالحاتِ جناحٌ فيما طعمُوا ﴾

"İman eden ve iyi iş yapanlara, (içki haram kılınmadan önce) tattıklarından dolayı günah yoktur." (el-Mâide, 5/93)

Aynı şekilde Kâbe'ye yönelme emrinin indirilmesinden sonra, Kuba'da bulunan kişiler namaz kılarken Beyt-i makdis'e (Mescid-i Aksâ'ya) dönerek namaz kılıyorlardı. Emir onlara ulaşmadığından, sanki onlara bu emir indirilmemiş gibi oraya dönmüş durumda namaz kılmaları kendileri için caiz olmuştur. Bu mesele de ona benzemektedir. Onların nikahları hususundaki durum da budur.

Bütün bunlarda zimmîlere karşı kolaylık gösterme, onlara imkan ve fırsat verme yoktur. Bilakis bu bir istidrac, onları içinde bulundukları cehalet durumunda terk, ahiretteki ceza ve ebedi ateşe giriş ve Peygamberimiz (s.a.v.)'in,

الدنيا سجن المؤمن وجنة الكافر

"Dünya mü'minin zindanı, kâfirin cennetidir"[85] sözünü gerçekleştirme anlamındadır.

Bu açıklamalarla Şâfiî (rh.a.)'nin "zimmînin inancı, telef edenin aleyhine delil olamaz" sözünün isabetsizliği ortaya çıkmaktadır. Çünkü biz onların inancı nedeniyle ödemeyi gerekli kılmıyoruz. Bilakis olan şey, bulunduğu durum üzere kalmaya devam ediyor. Ki bu da şarabın onlar hakkında mal ve değerli olmasıdır.

Sonra telef nedeniyle ödemeyi gerekli kıldığımızda, ödemeye konu olan şey değerli bir mal olmuş olmamaktadır. Ancak ödeme borcunun düşmesi için, itlaf edilen şeyde mal ve değerli olma niteliklerinin bulunmaması koşuldur. Bu koşul, zimmîler hakkında gerçekleşmemektedir. Ayrıca zimmet akdi nedeniyle onlara taarruzda bulunmamayı garanti etmekle, onların mallarını koruyup, himaye etmeyi de üstlenmiş oluyoruz. Dokunulmazlık ve mal elde etme (ihraz) bu koruma ile yerine gelmektedir. Telef etme nedeniyle olan ödeme de buna dayanmaktadır. Sonuç itibarıyla bu ödeme, zimmet akdi nedeniyle garanti ettiğimiz şeyin gerekli kıldığı hususlardandır. Dinden dönen kişinin öldürülmesi bundan farklıdır. Dinden dönme, dini hafife alma anlamına geldiği için biz bu konuda dinden dönenlere taarruzda bulunmama konusunda bir taahhüt vermedik.

Bu meselenin akitlerdeki benzeri faizli akitlerdir. Zimmîlerin kendi aralarında yaptıkları faizli akitlere karışılır. Çünkü biz Resûlüllah (s.a.v.)'ın,

إلا من أربى فليس بيننا وبينه عهد

"Dikkat edin ! Kim faizcilik yaparsa bizimle onun arasında bir antlaşma yoktur"[86] buyurması nedeniyle bu hususta onlara karışmama konusunda bir garanti vermedik. Çünkü faizi helâl saymaları, onların dinlerinden değil, sapkınlıklarından kaynaklanmaktadır. Faizin onların inancında da haram olduğu delil ile sabit olmuştur. Allahu Teâlâ şöyle buyurmuştur:

﴿ وأخذهم الربا وقد نهوا عنه ﴾

"men edildikleri durumda faizi almaları..." (en-Nisâ, 4/161)

Doğru olan görüşe göre ateşe tapanın (boğazlamaksızın) sopa vb. bir şey ile vurarak öldürdüğü hayvanı Müslüman gasp ve telef ettiğinde ödemekle yükümlü olur. Bu Ebû Yusuf (rh.a.)'un görüşüdür.

---

[85] Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, II/197; Müslim, Zühd 1; İbn Mâce, Zühd 3; Tirmizî, Zühd 16; İbn Hibbân, *Sahih*, II/462; Hâkim, *Müstedrek*, III/699; Taberânî, *el-Mu'cemü'l-kebîr*, VI/236; Heysemî, *Mecmau'z-zevâid*, X/515.

[86] İbn Ebû Şeybe, *Musannef*, VII/426; Ali el-Müttakî, *Kenzü'l-ummâl*, IV/350; Zeylei, *Nasbu'r-râye*, III/195.

Muhammed (rh.a.)'den rivâyet edildiğine göre; kendiliğinden ölen hayvanı ve kanı ödemediği gibi bunu da ödemez. Çünkü bu, zimmet ehlinin inancına göre mal değildir. Peygamber (s.a.v.) سُنُّوا بِهِمْ سُنَّةَ أَهْلِ الْكِتَابِ *"Ateşe tapanlara, ehli kitaba uyguladığınız hükümleri uygulayın"*[87] buyurduğu için biz Mecusîlerle ilgili hükümleri ehli kitabın hükümleri üzerine dayandırmakla emrolunduk.

Ancak bu görüş zayıftır. Çünkü biz nikahların hükümleri konusunda doğrudan ateşe tapanların kendi inançlarını dikkate alır, onlarla ilgili hükümleri ehli kitabın inançlarına dayandırmayız. Ateşe tapan bir babanın ölüp geriye iki kız çocuğu bırakması, bunlardan biri ile de evli olması durumunda kızkardeşlerden birinin diğerinden daha fazla miras alamamasının nedenini, nikah konusunda şu şekilde açıklamıştık; "nikahın geçerli olduğuna hükmetmek, mirasa hak kazanmayı gerektirmez."

Şâfiî mezhebine mensup bir kişinin, besmeleyi kasten terketmek suretiyle kestiği hayvanını telef etmek bütün bunlardan farklıdır. Çünkü telef edeni ödemekle yükümlü tutmak ancak kesin delil ile olur. Burada (besmeleyi kasten terkeden aleyhine) delil sabittir. Besmeleyi terkederek kesilmiş bir hayvanın haram olduğu, mal olmadığı delille sabit olmuştur. Bu nedenle ödemeyi gerekli kılma konusunda Şâfiî lerin görüşleri göz önüne alınmaz.

[11/104]

Bir Hıristiyan başka bir Hıristiyanın şarabını gasbederek telef etse onun dengini ödemesi gerekir.

Hangi durumlarda telef edilen şarap ödenir?

Çünkü şarap misli olan (benzeri bulunabilen) şeylerdendir. Misli olan şeylerde ödemenin değer ödeyerek yapılması, benzerini ödemenin mümkün olmaması durumundadır. Bu ise Hıristiyan hakkında değil, Müslüman hakkında geçerlidir. Çünkü Hıristiyan, bir bedel karşılığı şarabı başkasına mülk edindirebilir. Bu nedenle onların kendi aralarında şarap satışı geçerli olmaktadır.

Şarabın benzerinin ödenmesine hükmedildikten sonra alacaklı olan kişi Müslüman olsa şarabı telef eden kişiden bir şey alamaz.

Çünkü şarap Müslüman hakkında değerli bir mal değildir.

Bir Hıristiyanın elinde, sonradan Müslümann olan kişiye ait gasp ve telef etmekten kaynaklanan şarap alacağı olsa bu kişi telef edene bir şey ödettiremez. Aynı şekilde şaraptan dolayı Hıristiyanın zimmetinde olan borcu da ödettiremez. Alacaklı Müslümann olmakla Hıristiyanın zimmetinde bulunan şarap alacağından onu ibra etmiş olur.

Çünkü o Müslümann olmakla şarap kendisi hakkında değerli bir mal olmaktan çıkmıştır. Yine bu kişi o malı teslim alabilecek konumdan çıkmıştır.

---

[87] Abdurrezzak, *Musannef*, X/325; İbn Ebû Şeybe, *Musannef*, II/435; *el-Mu'cemü'l-kebîr*, XIX/437; Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, IX/189; Heysemî, *Mecmau'z-zevâid*, V/635.

Aynı şekilde şarabı ödeyecek olan da alacaklı olan da Müslüman olsa alacaklı olan diğerine bir şey ödettiremez.

Çünkü her ikisinin Müslüman olması, alacaklının Müslüman olmasını kapsamaktadır.

Yalnızca borçlu Müslüman olsa, veya önce borçlu sonra da alacaklı Müslüman olsa, Ebû Yusuf'a ve onun Ebû Hanîfe (rh.a.)'den rivâyet ettiğine göre cevap yine yukarıdaki gibidir. Muhammed (rh.a.)'e göre ise, (ki bu Âfiye ve Züfer'in Ebû Hanîfe'den de rivâyet ettikleri bir görüştür) borçlu kişi şarabın değerini öder.

Muhammed (rh.a.)'in görüşünün delili şudur: Ödeme nedeninin gerçekleşmesinden sonra meydana gelen Müslüman olma fiili, ödeme nedeninin gerçekleştiği esnada var olan Müslümanlık gibi kabul edilir. Nitekim (şarabın satımı ile ilgili) akitten sonra teslimden önce meydana gelen Müslüman olma akit esnasında var olan Müslümanlık gibi kabul edilir. Şarabın gasp ve telef edilmesi esnasında borçlunun Müslüman olması onun değerinin ödenmesine engel oluşturmaz. Alacaklının Müslüman olması ise böyle değildir. Sonradan meydana gelen Müslümanlık da böyledir. Bu hükmün nedeni şudur; zimmînin şarabı, Müslümanın elinde ödeme hükmüne tabi olabilir. Aynı şekilde Müslümanın zimmetinde de ödeme hükmüne tabi olur. Bundan anlaşılmaktadır ki borçlunun Müslüman olması onun borçtan kurtulması anlamına gelmemektedir. Ancak Müslümanın şarabı, zimmînin elinde ödeme hükmüne tabi olamayacağı gibi, onun zimmetinde bulunamaz. Alacaklının Müslüman olması bu açıdan borçluyu ibra etmek olur. Çünkü alacaklının Müslüman olması, şarap alacağının zimmînin zimmetinde devam etmesine engel olmaktadır. Ödemeyi gerektiren nedeni, neden esnasında var olan Müslümanlık durumunda değeri gerektiren bir şey olarak kabul etmek mümkün değildir. Çünkü şarabın telef edilmesi ile mislini ödemek gerekli olur. Bunun yanında bir de değer gerekli olmaz. Nikah'ta mehir olarak şarap üzerinde anlaşma meselesi bundan farklıdır.

Muhammed (rh.a.)'e göre iki taraftan birinin Müslüman olmasıyla, şarap aynı ile bulunsun bulunmasın değerini ödemek gerekli olur. Çünkü alacaklının Müslüman olması şarabı telef edeni ödemeden kurtarır. Çünkü bu durumda şarap alacağının borçlunun zimmetinde devam etmesi mümkün değildir. Yine karı-kocanın Müslüman olmasından sonra şarap, kocanın elinde ödemeye tabi olarak bulunamayacağından, kadın kocasını mehirden ibra etmiş olmaktadır. Ancak alacaklının Müslüman olması, ödeme nedeninin aslının bulunması dolayısıyla, değerin ödenmesinin vacip olmasına engel oluşturmaz. Çünkü bu değer (mehir olarak belirlenen şarabın değeri) cinsel birleşme mülkiyetinin bedelidir. Onun gerekmesinin koşulu, belirlenen mehrin geçerli olmasıdır. Belirlenen mehrin hak

edilmesinin devam etmesi değil. Eşler Müslüman değil iken şarabın mehir olarak anılması geçerliydi.

Ebû Yusuf (rh.a.) ise şöyle demektedir: Eşlerin Müslüman olması nedeniyle, borçlunun zimmetinde alacaklının hak kazandığı şarabı teslim almak imkansız duruma gelmiştir. Bu nedenle alacaklının Müslüman olması durumunda olduğu gibi burada da değer gerekmez.

Bunu şöyle açıklayabiliriz: Şarap, ödemeyi gerektiren nedene binaen karşı tarafın zimmetinde borç durumuna geldikten sonra, neden gerçekleşti diye değeri ödettirmek mümkün değildir. Zimmetteki borca bedel olarak değeri gerekli kılmak da mümkün değildir. Çünkü bunun koşulu, zimmettekini onun karşılığında temlik etmektir. Zimmî ise Müslümana bir bedel karşılığında şarap temlik edemediği (mülk edindiremediği) gibi Müslüman da bir bedel karşılığında şarap alamaz. Koşul bulunmadığı için değeri tahsil etmek de imkansız olur. Bu şuna benzer: Bir kimse, bir başka kişiye ait gümüş bir bileziği kırsa, sonra da kırılan bölüm bilezik sahibinin elinde iken telef olsa, bilezik sahibi kırana hiçbir şey ödettiremez. Çünkü değeri ödettirmenin koşulu, kırılan şeyi karşı tarafın mülkü yapmaktır. Bu ise imkansız duruma gelmiştir. Mesele bu yönü ile, şarabı ödemeyi gerektiren nedenin gerçekleştiği esnada zaten Müslüman olan kişinin durumundan farklı olmaktadır. Çünkü o meselede değeri ödemenin gerekli olması, ödeme nedeni olan gasp ve telef etme nedeniyledir. Bu neden, telef edilenin mislini vermenin mümkün olmadığı durumda telef edilen şey üzerinde, mülkiyeti gerekli kılmaksızın, suç itibarıyla ödemeyi gerekli kılar. Müdebberin (özgür olması, sahibinin ölümüne bağlı kölenin) gasbedilmesi de böyledir.

[11/105]

Domuzu gasp ederek telef etmek

Zimmî bir kimse başka bir zimmîye ait domuzu gasbederek telef etse sonra da onlardan biri veya her ikisi Müslüman olsa telef eden değerini öder.

Çünkü burada değer bizzat telef etmekle gerekli olmuştur. Çünkü hayvanlar standart (mislî) mallardan değildir. Değeri ödemek ise dinar ve dirhemle olur. Bu para borcunun zimmette kalması ve her iki tarafın veya sadece birisinin Müslüman olmasından sonra tahsil edilmesi imkansız değildir.

Gasp edilen şarabın sirke durumuna getirildikten sonra telef edilmesi

Bir Müslüman başka bir Müslümanın şarabını gasbederek onu sirke yapsa sonra da telef etse, bunun benzeri kadar sirkeyi ödemesi kendisine gerekli olur.

Çünkü şarabı sirke durumuna dönüştürdükten sonra o, sahibinin mülkü olmaya devam etmektedir. Bu nedenledir ki sahibi bunu ondan geri alabilir. Gasbeden bunu tükettiğinde başkasına ait değerli bir malı tüketmiş olur. Bu ise mal ister emanet hükmüne, ister ödeme hükmüne tabi olarak yanında bulunsun, ödemeyi gerekli kılar.

Aynı şekilde bir kimse başkasına ait ölmüş hayvanın derisini gasbederek onu değeri bulunmayan bir şeyle tabaklasa sonra da telef etse bunun değerini ödemesi gerekir.

Başkasına ait ölü hayvanın derisini gasp etmek

Çünkü bu deri, sahibinin mülkü olmaya devam etmektedir. Bundan dolayı sahibi hiçbir bedel ödemeksizin ondan geri alma yetkisine sahiptir.

Hanefi âlimlerimizden (rh.a.) bir kısmı şöyle demiştir: Derinin sahibi onu telef edene derinin tabaklanmamış olarak temiz durumdaki değerini ödettirir. Çünkü tabaklama gasbedenin fiili ile gerçekleşmiştir. Bu, kendisine ödemeyi gerekli kılmaz. Ancak tabaklama zorunlu olarak derinin necis (pis) olma niteliğinin ortadan kalkmasını gerektirir. Bu ise gasbedenin fiili ile değil, derinin pis olan etten ayrılmasıyla olur.

Âlimlerimizin çoğunluğu deri sahibinin, deriyi telef edene, onun tabaklanmış durumdaki değerini ödettirebileceği görüşünü seçmişlerdir. Çünkü burada tabaklama deriye ait bir niteliktir. Tabaklama deriden ayrı olarak göz önüne alınmaz. Bundan dolayı deri sahibi tabaklama nedeniyle gasbedene bir şey borçlanmaz. Gasbeden tabaklanmamış deriyi itlaf ettiğinde ödediği gibi, tabaklanmış deriyi telef ettiğinde deriye ait bir nitelik olan tabaklamayı da öder. Nitekim şarabın sirke durumuna getirilmesi de böyledir.

Gasbeden değeri olan bir şeyle deriyi tabakladıktan sonra onu telef etse Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre kendisine ödeme gerekmez. Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.)'e göre ise derinin tabaklanmış olarak değerini öder. Deri sahibi de gasbedene tabaklamanın deriye kattığı değeri öder.

Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.)'in görüşlerinin açıklaması şudur; deri tabaklandıktan sonra da sahibinin mülkünde kalmaya devam eder. O, gasbeden tarafından geri iade edilme borcu altındadır. Ancak deri sahibinin, tabaklama işleminin deriye kattığı değeri gasbedene vermesi gerekir. O bunu telef ettiğinde öder. Nitekim kumaş sahibi, gasbedilen kumaşını gasbeden boyadıktan sonra telef etse boyanın değerini gasbedene öder. Bu hükmün iki gerekçesi vardır:

Birincisi; Telef etme, değerli malda ödemeyi gerektiren bir suçtur. Kumaş örneğinde olduğu gibi, burada da deri tabaklanarak değerli bir mal olduktan sonra sahibinin mülkünde kalmaya devam ettiği için, bu koşul (telef edilen malın değerli olması koşulu) burada gerçekleşmiştir. Ancak kumaş meselesinde ilk neden olan gasp da ödemeyi gerektirmektedir. Bundan dolayı kumaş sahibi hangi nedene dayanarak isterse ödettirebilir. Burada ise ilk neden olan gasp ödemeyi gerektirmemektedir. Bundan dolayı ödeme için ikinci neden (telef etme) belirlenmemiştir. Gasbeden, bu neden açısından üçüncü kişi gibi olmuştur. Üçüncü bir kişi, gasbedenin tabakladığı deriyi telef ederse deri sahibi derinin tabaklanmış olarak değerini telef edene ödettirerek, tabaklamanın deriye kattığı değeri gasbedene verebilir. [11/106]

İkincisi; Deri, geri verilmesi gerekli bir durumda elinde kaldığından, telef olduğunda bu deriyi verme imkanı ortadan kalktığı için, değerini vermek gerekli olur. Çünkü gasbeden bu deriyi telef etmekle kendisi üzerine gerekli olan bir şeyi ortadan kaldırmıştır. Bu, ödemeyi gerektirir. Mesele bu yönü ile derinin onun elinde kendiliğinden telef olmasından ayrılmaktadır. Çünkü bu durumda geri verme imkanı ortadan kaldırılmış olmamaktadır. Bu şuna benzer; bir malı âriyet olarak alan kişi onu telef ederek geri verme imkanını ortadan kaldırsa onun değerini öder. Ama kendi fiili olmaksızın mal telef olursa ödemez. Gasbeden, değeri olmayan bir şeyle deriyi tabaklasa veya şarabı sirke durumuna getirirse, ne telef durumunda ne de kendiliğinden telef olma durumunda ödeme gerekmez.

Ebû Hanîfe (rh.a.)'nin bu konudaki delili şudur; Malı gasbedilen kişi, gasbedene ödemesi gereken bir bedel karşılığında bu derinin mâliyet ve mütekavvim olmasından yararlanmıştır. Bunun telef olmasından sonra gasbedene bir şey ödettirme hakkı yoktur. Nitekim satıcı malını alıcıya teslim etmeden tüketirse alıcıya bir şey ödettiremez.

Bu cevabı iki açıdan açıklayabiliriz;

Birincisi; deriyi tabaklayan kişinin deriye kattığı değere bakarak gasbedene ödeme gerekli kılınamaz. Çünkü tabaklama işi deriye bitişmeden önce o mal (tabaklamada kullanılan mal) gasbedenin idi. Bu işçilikten sonra da onun hakkı olmaya devam eder. Bu nedenle gasbeden, deri sahibi tabaklamada kullanılan şeyin bedelini ödeyinceye kadar onu elinde tutabilir. Deri bu nitelik (tabaklanma) olmadan telef edildiğinde gasbedenin ödemesi gerekmez. Nitekim tabaklanmadan önce telef etme de böyledir. Bu konu bu yönü ile kumaştan ayrılmaktadır. Çünkü orada gasbeden kumaşı boyamadan önce telef etse bile, bu telef etme ödemeyi gerektirmektedir. Yine bu konu, bu açıdan değeri olmayan bir şey ile deriyi tabaklama meselesinden ayrılmaktadır. Çünkü tabaklama işi deriye bitiştikten sonra gasbedenin hakkı olmaya devam etmez. Bu nedenle de deriyi elinde tutamaz. Bedelini alamaz.

İkincisi; Burada deriye bitişen nitelik gerçek ve hüküm açısından gasbedene ait değerlli bir maldır. Her açıdan da vardır. Deriye bitişmeden önce mal idi. Bitiştikten sonra da öyle olmaya devam etmektedir. Derinin kendisi ise tabaklamadan önce değerli bir mal değildi. Hem kendi başına hem de bir başkasına bitiştikten sonra mal özelliği taşıyan şey; bitişme öncesinde mal olmayan, ancak bitişme ile mal olan bir şeyden daha üstündür. Daha güçlü olana itibar edilir. Tabaklamada kullanılan şeyin deride telef olması ödemeyi gerektirmez. Kumaş ise böyle değildir. Çünkü orada kumaş, boyanın bitişmesinden önce de sonra da mal olma özelliğini taşır. O meselede, mal olma niteliği bakımından boyamadan önce ve sonrası bir olduğundan malın aslını tercih ettik. Gasbeden, değeri olmayan bir şey ile deriyi tabakladığında, bu nitelik deriye bitişmeden önce

mal olmadığı gibi bitiştikten sonra da mal değildir. Deri ise bitiştikten sonra maldır. Bu nedenle deriyi (malın aslını) tercih ettik.

"Derinin var olması durumunda deri sahibinin hakkını tercih ettik. Böylelikle ona hakkını alma imkanı vermiş olduk. Deri üzerindeki tabaklama özelliğine de bedelini ödemek suretiyle deri sahibi sahip olur" denilemez. Çünkü deriyi geri almak onun mal ve değerli olma özelliğinden dolayı değil, deri sahibinin ona malik olması itibarıyladır. Bundan dolayı deri sahibi tabaklanmadan önce de derisini alma yetkisine sahipti. Mülkiyet hükmü bakımından asıl (derinin kendisi) tercih edilir. Çünkü o tabaklamadan önce de sonra da kendi başına var ve mülk idi. Telef etme durumunda ödemenin gerekli olması ise mal ve değerli olma nitelikleri itibarıyladır. Tabaklama niteliği mal ve değerli olma yönünden derinin kendisine tercih edilir. Ödemeyi gerektirme hususunda bu göz önüne alınır.

Bizim belirttiğimizi şu durum açığa vurmaktadır; Ödemenin gerekli olmasının yararı hakkını almaktır. Deri sahibi, ittifakla gasbedenden tabaklamanın değerini geri alamaz. O, nasıl kendisinin başkasında olan alacağını ondan alır? Hak sahibi, hakkı cinsinden olan bir şeyi gasbedenden ele geçirir de tüketirse gasbeden bunun dışında ayrıca bir şey borçlanmaz. Hak sahibi hakkının kendisini elde eder de tüketirse öncelikle gasbedene hiçbir şey ödemesi gerekmez. Gasbedene bu miktarı ödemeyi gerekli kılmak mümkün olmayınca derinin kendisi, tabaklama niteliğinden hükmen ayrılmış olmaktadır. Bu hükmen ayrılık, gerçek ayrılık gibi değerlendirilir. Bu yüzden gasbedenin derinin değerini ödemesi gerekmez. Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.) de bunu dikkate alarak şöyle demişlerdir: "Deri sahibi, derinin tabaklanmamış olarak değerini ödettiremez." [11/107]

[Malı gasbedilen kişinin gasbedeni ibrâ etmesi]

Bir kimse bir başkasına ait bir malı gasbetse, malı gasbedilen kişi gasbedene "seni gasbdan beri kıldım" dese sonra da mal gasbedenin elinde iken telef olsa Hanefi mezhebimizin larına (rh.a.) göre hiçbir şey ödemez.

Züfer gasbedenin bu malın değerini ödeyeceğini söylemiştir. Çünkü maldan ibra etmek geçersizdir. Çünkü ibra hakkı düşürmektir. Mal ise üzerindeki hakkın düşürülmesine elverişli değildir. Çünkü mal gerçekte düşmez. Malikin onun üzerindeki mülkü de düşmez. *Bir tasarrufu ona elverişli olmayan bir şeye dayandırmak geçersizdir.*

Biz (Ebû Hanîfe, Ebû Yusuf, Muhammed) ise şöyle demekteyiz: mal sahibinin "seni gasbdan beri kıldım" demesi "gasp nedeni ile senin bana ödemen gereken şeyden seni kurtardım" anlamına gelir. Bu, kendisine suç işlenen kişinin suç işleyeni suçtan beri kılması gibi, yine alıcının satıcıyı malın kusurundan beri kılması gibidir. Gasp nedeni ile gasbedene gerekli şey; var ise malın kendisini, telef olmuşsa değerini geri vermektir. Bu ise düşürülebilir. Bundan dolayı gasbedenden

düşer. Bu, gasbedenden düşünce mal onun elinde, vediada olduğu gibi emanet olarak kalır. Diğer taraftan mal sahibi, ödeme nedeni telef yüzünden kesinleştikten sonra gasbedeni beri kılsa, bu ibra geçerli olur. Nedenin gerçekleşmesinden önce beri kılmasında da böyledir.

Gasbedilen cariyenin geri verildikten sonra doğum yapması

Kişi bir cariye gasbetse ve cariye gasbedenin yanında gebe kalsa, sonra gasbeden cariyeyi sahibine geri verse, cariye doğum yapsa, daha sonra doğum nedeni ile ölse, Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre gasbedenin, cariyenin değerini ödemesi gerekli olur. Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.)'e göre ise cariyenin gebe olarak ve gebe olmaksızın değeri belirlenir. Gasbeden aradaki farkı öder.

Çünkü cariye gebe olmakla birlikte Gasbedenin onu geri vermesi geçerlidir. Ancak cariye gebe olma kusuru ile kusurlanmıştır. Bu ise gasbeden üzerine, cariyenin değerinde meydana gelen eksilmeyi ödemeyi gerekli kılar. Cariyenin ölmesi ise geri vermeden daha sonra olan elemler yani doğum sancıları nedeniyle olmuştur. Bununla geri vermenin hükmü geçersiz olmaz. Nitekim gasbedenin yanında iken cariyenin ateşi yükselse, gasbeden onu geri verdikten sonra ölse, kendisine ödeme gerekmez. Yahut da cariye gasbedenin yanında iken zina etse, daha sonra gasbeden onu geri verse, ardından cariyeye zina cezası olan sopa vurulduktan sonra ölse, gasbeden yalnızca zina kusurunun cariyenin değerinde meydana getirdiği eksilmeyi öder. Aynı şekilde bir cariyeyi satıcı gebe olarak alıcıya satsa, cariye doğum sırasında ölse, ittifakla alıcı satıcıdan cariyenin bütün bedelini geri alamaz.

Ebû Hanîfe (rh.a.) ise şöyle demektedir: Gasbedene gerekli olan, cariyeyi geri vermekle gasp fiilini ortadan kaldırmaktır. Cariyeyi gasbettiği şekilde sahibine geri vermediğinde bu koşul gerçekleşmemiş olur. Cariye, gasbedenin yanında iken meydana gelen şey nedeniyle ölünce, hükmen gasbedenin yanında ölmüş gibi kabul edilir. Nitekim cariye gasbedenin yanında iken bir suç işlese sonra gasbeden cariyeyi efendisine geri verse, ardından cariye suç karşılığında suç işleyenin velilerine verilse, gasbeden onun değerini öder. Bu durumda gasbeden sanki cariyeyi hiç geri vermemiş gibi kabul edilir. Cariyenin ateşli hastalığa yakalanması böyle değildir. Çünkü cariyenin ölmesi gasbedenin yanında iken gerçekleşen bir
[11/108] nedenden dolayı olmamıştır. Bu yalnızca peşpeşe gelen sıtmanın etkisini bünyenin kaldırmaması sonucu olmuştur. Bu ilk defa gasbedenin yanında ortaya çıkmamıştır. Bu humma (ateşli hastalık) bundan sonra meydana gelen şeyi (ölümü) gerektirmez.

Bu meselede ise nedenin kendisi gasbedenin yanında iken gerçekleşmemektedir. Çünkü gebelik çocuğun anadan ayrılmasını gerektirir. Çocuğun anadan ayrılması ise doğum sancıları çekmeyi gerektirir. Burada sonradan meydana gelen şey ilk nedene dayandırılır. Cariye'ye zina nedeniyle sopa

vurulması meselesi bundan farklıdır. Çünkü zina; yaralamayacak ve ölüme yol açmayacak şekilde acıtarak sopa vurmayı gerektirir. Bundan dolayı meyvesiz daldan yapılan (budaksız) kırbaç seçilir. Sopa vurulma hadisesinde de cariyenin ölmesi gasbedenin yanında iken gerçekleşen nedene (zinaya) dayandırılmaz. Satın alma konusu bundan farklıdır. Çünkü satın alma malın alıcıya akdin içerdiği şekilde yani değerli olarak teslim edilmesini gerektirir. Görünürdeki durum itibarıyla bu gerçekleşmiştir. Çünkü doğumda çoğunlukla yaygın olan annenin kurtulmasıdır. Gasbedene gerekli olan yalnızca gasp fiilini ortadan kaldırmaktır. Bu da gasbettiği şeyi aldığı şekliyle geri vermekle olur. Halbuki bu, bizim meselemizde gerçekleşmemiştir.

Görmez misin satıcı kölenin elini kestikten sonra onu satsa ve alıcıya teslim etse, köle elinin kesilmesi nedeniyle ölse, alıcı ödediği bedelin tümünü geri alamaz. Gasbeden ise cariyenin elini kesip onu geri verir de cariye bu nedenle ölürse, onun tüm değerini öder.

Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.)'e göre cariye gasbedenin yanında hem zina hem de gebelik kusurlarıyla kusurlanmıştır. Kıyasa göre gasbeden kusurun meydana getirdiği eksilmeyi öder. Bu aynı zamanda Muhammed (rh.a.)'in de görüşüdür. İstihsana göre ise –ki bu aynı zamanda Ebû Yusuf (rh.a.)'un görüşüdür- iki bedelden en çoğunu öder. Daha az olan çoğa dahildir.

Aynı şekilde Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre cariye sağ sâlim doğum yaptıktan sonra zinanın ve gebe kalmanın meydana getirdiği eksilmeye bakılır; gasbeden bunlardan daha çok olanı öder. Ancak gebelik kusuru nedeniyle meydana gelen azalma daha fazla ise, bu kusur çocuğun doğumu ile ortadan kalktığı için yalnızca zina kusurunun meydana getirdiği eksilmeyi öder. Zinanın meydana getirdiği azalma daha fazla ise gasbeden bunu ödemek zorundadır. Çünkü zina etme kusuru doğum yapmakla ortadan kalkmamaktadır. Muhammed (rh.a.) bu hususta gerçeğe itibar etmiştir. Buna göre gebe olmak zinadan ayrı bir kusurdur. Çünkü zina ve gebelik bir arada bulunmayabilir. Ebû Yusuf (rh.a.) nedenin bir olmasını göz önünde bulundurarak "burada gebelik bu zina nedeniyle meydana gelmiştir. Nedenler bir olduğu için az olan çoğa dahil olur. Nitekim cariyenin bekaretini ortadan kaldırma nedeni ile onun değerinde meydana gelen eksilme ve birleşme nedeni ile vacip olan ukr'da da neden birliği nedeniyle az olan çok olana dahil olur. Burada da böyledir.

Allahu Subhanehû ve Teâlâ en iyisini bilir.

VEDÎA (EMANET BIRAKILAN MAL)

(كتاب الوديعة)

Büyük, zâhid , Şemsü'l-eimme Ebû Bekr Muhammed b. Ebi Sehl es-Serahsî (rh.a.) yazdırmak (imlâ) suretiyle şunları söyledi:

Vedîa akdinin dini hükmü

Îda / Emanet bırakmak (الإيداع) caiz bir akittir. Çünkü bu, malikin kendi mülkü üzerinde yaptığı bir tasarruftur. Mal sahibi yolculuğa çıkmak istediğinde buna ihtiyaç duyabileceği gibi, hacca giden kişi de geri döndüğünde kendisinden yararlanmak üzere bir kısım malını bazı yerlerde emanet olarak bırakmaya ihtiyaç duyabilir. Mûda' (المُودَع) / (kendisine emanet bırakılan kişi) dinen vedia'yı kabul etmeye cesaretlendirilmiştir.

Çünkü bunda iyilik konusunda yardımlaşma vardır. Allahu Teâlâ şöyle buyurmuştur: [11/109]

﴿ وتعاونوا عَلَى البرّ والتَّقْوَى ﴾ *"İyilik ve Allah'ın yasaklarından sakınma üzerinde yardımlaşın"* (el-Mâide 5/2)

Peygamber (s.a.v.)'de şöyle buyurmuştur:

إنّ الله تعالى في عَوْنِ الْعَبْدِ ما دامَ الْعَبْدُ في عَوْنِ أخيه

"Şüphesiz ki kul kardeşinin yardımında oldukça Allahu Teâlâ da onun yardımında olur."[88]

Kendisine emanet bırakılan kişi emaneti kabul ettikten sonra üstlendiği görevi yerine getirmesi gerekir. Bu da sahibine geri verinceye kadar vediayı korumaktır. Çünkü Allahu Teâlâ şöyle buyurmuştur:

﴿ إِنَّ اللهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا ﴾

"Allah size, mutlaka emanetleri ehli olanlara vermenizi ...emreder." (en-Nisâ 4/58) Bu âyetin iniş nedeni olarak burada kastedilen emanetin Kâbe'nin anahtarlarının Osman b. Ebi Talha'ya geri verilmesi olduğu söylenmiştir. Çünkü o anahtarı getirince Peygamber (s.a.v.) ona:

خُذْهُ بأمانة الله تعالى

"Allah'ın emanetinde olmak üzere o anahtarı al" dedi.[89] İniş nedeni bu olmakla birlikte âyetin görünüşü bütün emanetleri kapsamaktadır.

Peygamber (s.a.v.) şöyle buyurmuştur:

---

[88] Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, II/252; Müslim, Zikir ve Dua 38; İbn Mâce, Îmân 17; Ebû Dâvûd, Edeb 68; Tirmizî, Hudûd 3; Hâkim, *Müstedrek*, IV/425; Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, IV/309.

[89] Aclûnî, *Keşfü'l-hafâ*, II/177.

مَنِ ائتُمِنَ أَمَانَةً فَلْيُؤَدِّهَا

"Kime bir şey emanet edilirse onu sahibine versin."[90]

Bir başka hadiste;

أَدِّ الأَمَانَةَ إِلَى مَنِ ائتَمَنَكَ ، وَلَا تَخُنْ مَنْ خَانَكَ

"Sana emanet bırakana sen emanetini yerine getir. Sana hainlik edene sen de hainlik etme" buyurmuştur.[91]

Bir başka hadiste;

عَلَامَةُ الْمُنَافِقِ ثَلَاثٌ : إِذَا حَدَّثَ كَذَبَ ، وَإِذَا وَعَدَ أَخْلَفَ ، وَإِذَا اؤْتُمِنَ خَانَ

"Münafığın belirtisi üçtür; konuştuğunda yalan söyler. Söz verince sözünde durmaz. Kendisine bir şey emanet edilince hıyanet eder."[92]

Emanet malın korunması

Allah'ın birliğine inanan bir kişinin münafığın beliritisi olan şeylerden kaçınması gereklidir. Bu kendi malını koruduğu gibi emanet malı koruması ile olur. Bu da emanet malı kendi evine ya da sandığına koymakla gerçekleşir.

Çünkü o, emanet sahibine buna dair söz vermiştir. Sözünde durmamak kötü bir iştir. Sahibi gittikten sonra emaneti korumayı bırakırsa, yüklendiği şeyi yerine getirmeyi terketmiş ve emanet sahibinin hakkında aldatma yapmış olur. Bu ise haramdır.

Emanet malın telef olması

Emanet bırakılan kişi emaneti evine veya sandığına koyar da burada telef olursa onu ödemez. Çünkü Amr b. Şuayb'ın babasından onun da dedesinden rivâyet ettiği hadiste Peygamber (s.a.v.) şöyle buyurmuştur:

مَنْ أُودِعَ وَدِيعَةً فَهَلَكَتْ : فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ

"Kime bir emanet bırakılır da bu (kendiliğinden) telef olursa kendisine ödeme gerekmez."[93]

Yine İbn Zübeyr (r.a.)'in Cabir (r.a.)'den rivâyet ettiğine göre Peygamber (s.a.v.) şöyle buyurmuştur:

لَيْسَ عَلَى الْمُسْتَعِيرِ غَيْرِ الْمُغِلِّ ضَمَانٌ ، وَلَا عَلَى الْمُودَعِ غَيْرِ الْمُغِلِّ ضَمَانٌ

---

[90] Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, V/72; Heysemî, *Mecmau'z-zevâid*, III/585, 587;

[91] Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, III/414; Ebû Dâvûd, İcâre 81; Tirmizî, Buyû' 38; Hâkim, *Müstedrek*, II/53; Taberânî, *el-Mu'cemü'l-kebîr*, I/261; Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, VI/97.

[92] Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, II/357; Buhârî, Îmân 24; Müslim, Îmân 107; Tirmizî, Îmân 14; Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, VI/85; Heysemî, *Mecmau'z-zevâid*, I/300.

[93] İbn Mâce, Sadakât 6; Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, VI/289; Zeyleî, *Nasbu'r-râye*, IV/156.

"Bir malı âriyet alıp hıyanet etmeyen kişinin ödeme sorumluluğu yoktur. Kendisine bir mal emanet edilip de hainlik etmeyen kişinin ödeme sorumluluğu yoktur."[94]

Bu hadiste (اَلْمُعلّ) kelimesi ile kastedilen "ihanet eden"dir.

Resûlüllah (s.a.v.) şöyle buyurmuştur:

لَا إِعلَالَ وَ لَا إِسلَالَ فِي الْإِسلَامِ

"İslam'da hainlik ve hırsızlık yoktur."[95]

Bu hadiste yer alan "اِعْلَالَ" hainlik, "إِسْلَالَ" de "hırsızlık" anlamındadır. Buradaki اِنْعِلَالُ sözünün yararlanan kişi anlamında olduğu da söylenmiştir. Nitekim bu anlamda أَرْضٌ مِعْلٌ "*verimli arazi*" denilir. Bununla verim ve geliri bol olan arazi kastedilir. Buna göre hadiste kastedilen "sahibinin izni olmaksızın emaneti kullanan" kişidir.

Ömer (r.a.) şöyle demiştir: *"Âriyet (iğreti verilen) de vedia gibidir. Onu alan kişi ancak bir tecavüzde bulunmuşsa öder."*[96]

Ali (r.a.)'de şöyle demiştir: *"Çoban ve kendisine güvenilen kişinin ödeme sorumluluğu yoktur."*[97]

Bu hükmün anlamı şudur; Kendisine emanet bırakılan kişi, emaneti sahibi için korumakla teberruda bulunmaktadır. Teberru'da bulunmak, bunu yapan kişi üzerine teberrudan yararlanan lehine ödemeyi gerekli kılmaz. Bundan dolayı emanetin onun elinde telef olması sahibinin elinde telef olması gibidir. Fıkıh bilginlerinin (Fakihlerin) (rh.a.) "emaneti alan kişinin eli emaneti veren kişinin eli gibidir" sözünün anlamı da budur.

Emanetin, kaçınılması mümkün olan bir durum nedeniyle telef olması ile kaçınılması mümkün olmayan bir nedenden telef olması eşittir.

Çünkü kaçınılması mümkün olan bir nedenden dolayı gerçekleşen telef, korumada kusur bulunması anlamına gelir. Ancak kusurdan uzak bulunma niteliği sadece bedelli akitlerde hak edilir. Vedia alan ise teberruda bulunmaktadır.

Emanet alan kişinin, emaneti başkasına teslim etmesi

Emanet alan kişi emanet malı; karısı, çocukları, ana-babası, işçisi vb. gibi bakımını üstlendiği kişilere verirse, telef olduğunda istihsanen kendisine ödeme gerekmez.

---

[94] Abdurrezzak, *Musannef*, VIII/178; Dârekutnî, Sünen, III/41; Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, VI/91; Zeyleî, *Nasbu'r-râye*, IV/156.

[95] Ebû Dâvûd, Cihâd 168; Dârimi, Siyer 50; İbn Hacer, *Fethu'l-bârî*, V/344; Azîmâbâdî, Avnü'l-Ma'bûd, VII/320.

[96] Abdurrezzak, *Musannef*, VIII/179; Zeyleî, *Nasbu'r-râye*, IV/159.

[97] Bkz. İbn Ebû Şeybe, Musannef, IV/398; Ebû Dâvûd, İcâre 90; Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, VI/90, 122.

Kıyasa göre ise ödemesi gerekir. Çünkü o emaneti, kendisinden koruma talep eden kişilerin korumasına vermiştir.

Allahu Teâlâ'nın ﴿ وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ ﴾ *"mallarınızı aklı ermezlere vermeyin"* (en-Nisâ, 4/5) âyeti de kıyas görüşünü desteklemektedir. Bu âyetteki سُفَهَاء ifadesi ile kastedilen kadınlardır. Kişinin kendi malını bile karısına vermesi yasaklanmışsa, başkasının malını karısına vermesine ne denilir? [11/110]

İstihsanın delili ise şudur: Emaneti alandan, kendi malını koruduğu gibi emaneti koruması beklenir. Kişi kendi malını, bakımını üstlendiği kişilerin eline vermek suretiyle korur. Nitekim bu hususta şöyle denilmiştir: *"Dünyanın ayakta durması (hayatın devam etmesi) iki şey ile olur; Kazanarak toplayan (koca) ve evinde oturup bunları koruyan (kadın)"* . Diğer taraftan kişi emaneti bunlara vermekten başka imkana sahip değildir. Çünkü ihtiyaç nedeni ile evinden dışarı çıktığında emaneti de yanında götürmesi mümkün değildir. Onu evinde bıraktığında hükmen karısının elinde bulunmuş olur. Kaçınılması mümkün olmayan şeyler affedilmiştir.

Kişinin bakımını üstlendiği kişiler arasında işçi de anılmıştır. Bununla kastedilen, kişinin aylık veya yıllık olarak çalıştırdığı yalnız kendisi için çalışan işçisi (ecir-i hâs)dir. Herhangi bir işi yapmak üzere, çalıştırılan işçi (ecîr-i müşterek) ise yabancılar gibidir, emanet kendisine verilirse ödemeyi gerekir.

Emanet kese, emanet alanın sandığında delinerek içindeki dirhemler emanet alanın kendi dirhemleri ile karışsa ödeme gerekmez.

Çünkü burada kendisine ödemeyi gerektiren bir fiili bulunmamaktadır. Eğer bir kusur söz konusu ise bu da emanet bırakana aittir. Çünkü o dirhemlerini çürük bir keseye koymuştur.

Karışan paralar her birinin mülkü oranında aralarında ortak olur. Eğer o paralardan bir kısmı telef olursa bu her ikisinin parasından sayılır. Kalan para aralarında kendi mülkleri oranında bölüştürülür.

Çünkü telef olanı onların herhangi birisinin parası saymak mümkün değildir. Ortak malda aslolan, telef olan miktarın ortakların tümünden telef olmuş sayılmasıdır. Telef olan kısım hiç yokmuş gibi kabul edilerek kalanda ortaklık devam eder.

Emanet parayı, emanet alanın bakımında olan küçük, büyük veya kölelerden herhangi birisi karıştırsa veya bir yabancı karıştırsa, emanet alana ödeme gerekmez.

Çünkü burada emanet alan tarafından ne hükmen ne de gerçekten karıştırma yapılmamıştır. Emanet alan kişiye, açık olarak veya delil alma (delalet) yolu ile emredilen konuda (emaneti koruma konusunda) onun bakımında olan kişinin fiili, bizzat kendisinin fiili gibidir. Bu durum paraların karıştırılması

meselesinde bulunmamaktadır. Ancak ödemeyi gerektiren bir fiili işlemiş olması nedeniyle bunun ödemeyi paraları karıştırana gerekli olur. Bu hususuta küçük ile büyük eşittir. Çünkü küçük, yaptığı fiillerden dolayı ödeme sorumluluğu altında bulunmaktadır. Onun fiili ile ödemenin gerçekleşmesi, çocukluk nedeniyle kısıtlanmış olmasından dolayı ortadan kalkmaz.

Karıştırma üç şekilde olur;

Emanet malın başka malla karıştırılması

1. Ayrıştırılması imkansız olacak derecede nesneleri birbirine karıştırma. Bir şeyi kendi cinsinden olan bir şeyle karıştırmak gibi. Bu karıştırma ödemeyi gerektirir. Çünkü bu karıştırma dolayısıyla mal sahibinin kendi malını elde etme imkânı ortadan kalkmıştır.

2. Ayrıştırılması kolayca mümkün olan karıştırma. Siyah dirhemleri beyazlarla karıştırmak veya dirhemleri dinarlarla (gümüşleri altınlarla) karıştırmak gibi. Burada malik malına kavuşabilme kudretine sahip olduğu için bu tür karıştırma ödemeyi gerektirmez. Bu gerçekte karıştırma değil, yan yana koymadır.

3. Ayrıştırılması çok zor olan karıştırma. Buğdayı arpa ile karıştırmak gibi. Bu karıştırma ödemeyi gerektirir. Çünkü burada mal sahibi çok güç bir şekilde malını elde edebilir. "Gasp" konusunda belirttiğimiz gibi çok güç olarak yapılan şey imkansız hükmündedir.

Eğer "Buğday ile arpanın karışımına su dökülerek buğdayın altta kalması, arpanın da suyun yüzüne çıkması, böylelikle de ikisinin birbirinden ayrılması mümkündür" denilirse, buna şu şekilde cevap veririz: Böyle yapıldığında buğday ve arpadan oluşan karışım hemen bozulur. Sonra normalde buğdayın içinde mutlaka arpa taneleri, arpanın içinde de buğday taneleri bulunur. Bu işlemi uygularsak arpa sahibinin arpasının içinde bulunan buğday taneleri dibe batar. Buğday sahibinin buğdayı içinde bulunan arpa taneleri de suyun üstüne çıkar. Bundan anlaşılmaktadır ki arpa ve buğdayın bu şekilde ayrıştırılması da imkansızdır.

Saf parayı katışık para ile karıştırmak da böyledir; eğer ayrıştırılması imkansız veya çok zor duruma gelirse, bunu karıştıran kişinin ödemesi
[11/111] **gerekli olur. Kolayca ayrılabilir bir durumda ise ödeme gerekmez.**

Karışımın ayrıştırılması mümkün olmadığında emanet alan veya verenden birisi "Ben bu karışımı alır, diğer kişinin malının değerini de ona öderim" dese diğeri de buna razı olsa bu caiz olur.

Çünkü hak ikisine aittir. İkisi bir şey üzerinde anlaştıklarında bu, kendileri hakkında geçerli olur.

Onlardan birisi buna yanaşmazsa karışım satılır. Bizim bundan önce gasp konusunda açıkladığımız şekilde, buğday ve arpanın değerine göre elde edilen para aralarında bölüştürülür.

Bu hüküm Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.)'in görüşleri ile Hasan'ın Ebû Hanîfe (rh.a.)'den rivâyet ettiği; "Malikin karışımdaki hakkı ortadan kalkmaz. O, karışımda diğeri ile ortak olmak veya kendi malını karıştırana ödettirmek hakkına sahiptir" görüşüne göre doğru olur. Ebû Hanîfe'nin kuvvetli olan görüşüne göre ise karışım, karıştırana ait olur. Arpa ve buğday sahiplerinin hakkı, karıştıranın zimmetindedir. Karıştıranın malı onlara olan borcunu ödemek için satılmaz. Çünkü bu ona kısıtlama getirmektir. Ebû Hanîfe ise tasarrufların kısıtlanmasını kabul etmemektedir.

Doğru olan, belirttiğimiz hükmün hepsi tarafından kabul edilmiş olmasıdır. Çünkü her ne kadar buğday ve arpa sahiplerinin karışım üzerinde mülkleri kalmasa da her biri kendi malının bedelini elde etmedikçe karışım üzerinde hakları devam eder. Bundan dolayı karıştıran kişi, malları sahiplerine ödemedikçe bu karışımdan yararlanması mübah olmaz. Onların haklarının devam etmesi nedeniyle karşılıklı rıza yolu ile sulh yapmak veya anlaşamadıklarında karışımın satılarak bedelini taksim etmek suretiyle karışımdan haklarını alma yetkileri vardır.

Emanet alan kişinin emanet mal üzerinde tasarrufta bulunması

Bir kişinin yanında emanet olarak dirhemler ve dinarlar (gümüş paralar ve altınlar) ya da ölçülüp tartılabilen mallardan bulunsa, o bunlardan bir kısmını kendi ihtiyacı için harcasa, bütününü harcaması durumunda hepsini ödemesi gerektiği gibi burada da harcadığı kısmı ödemesi gerekir. Geriye kalanı ödemesi gerekmez.

Çünkü kalan kısımda malı sahibi adına korumaya devam etmektedir. Emanetin bir kısmını harcaması ile kalan kısımda bir kusur da meydana gelmemiştir. Çünkü belirttiğimiz mallar, bölmenin zarar vermediği mallardandır. Bu şuna benzer; o, bir kişiye iki emanet bıraksa da o bunlardan birini harcasa diğerini ödemesi gerekmez.

Emanetin bir kısmını harcayan kişi harcadığı miktarda malı getirip kalanın yanına koysa o malın tümünün ödeme yükümlülüğünü üstlenir.

Çünkü harcadığı kısım kendisinin zimmetinde deyn (borç) durumunda bulunmaktadır. O kişi, alacaklı kişi var olmadan tek başına borcunu ödeme yetkisine sahip değildir. Dolayısıyla bu fiili, kalan malı kendi malı ile karıştırmak olur. Bu da ödemeyi gerektirir.

Emanet alanın emaneti satması

Emanet alan kişiye, emanet bırakılan malın bir kısmını harcayıp, sonra harcadığı kadarını kalanın içine koyduğunda malın tümünün ödemesini yüklendiği konusunda fetva verilir de o da bunun üzerine malı satarsa ve emanetin sahibi geldiğinde onu öder de satım bedelinden geriye para artarsa artandan, emanet içine karıştırdığı kendi malının payı kendisine helâl (temiz) olur. Çünkü bu, kendi mülkünden ve ödeme yükümlülüğünden kaynaklanan bir kârdır. Ebû Hanîfe ve Muhammed

(rh.a.)'e göre emanet sahibinin fazlalıktaki payını sadaka olarak verir. Ebû Yusuf (rh.a.)'a göre ise bunu sadaka olarak vermesi gerekmez.

Çünkü emanet alan, kendisine ödemenin gerekli olduğu andan itibaren buna sahip olmuştur. Zaten satışı da bu yüzden geçerli olmuştur. Bu fazlalık, kendi mülkünden ve üstlendiği ödeme sorumluluğundan kaynaklanan bir kârdır. Bundan dolayı tıpkı kendi mülkünün payı gibi kendisine helâl olur.

Ebû Hanîfe ve Muhammed (rh.a.) ise şöyle demektedirler; bu, kirli bir kazanç nedeniyle elde edilen bir kârdır. Çünkü emanet alanın emaneti satması yasaktır;
[11/112] bunun nedeni iki rivâyetten birine göre ya emanet bırakanın karıştırma sonrasında kalan mal üzerinde mülkünün devam etmesi gibi bunda da mülkiyetinin devam etmesi ya da daha önce belirttiğimiz gibi hakkının devam etmesidir. *Kirli kazançtan elde edilen kâr konusunda izlenmesi gereken yol bunu sadaka olarak vermektir.* Diğer taraftan emanet alan, emaneti satarken alıcıya kendi malını ve hakkını sattığını söylemektedir. Halbuki onun bu sözü yalandır. Ticarette yalan söylemek, bu yolla kazanılan kazancın sadaka olarak verilmesini gerektirir. Çünkü Kays b. Urve el-Kenânî'nin hadisinde yer aldığına göre o şöyle söylemiştir: "Biz pazarlarda vesk ölçüsü ile alıp satardık ve kendimize "Simsar / komisyoncu" derdik. Resûlüllah (s.a.v.) bizim yanımıza gelerek bize en güzel adı verdi ve bize şunları söyledi:

يا معشر التجار ، إنّ تجارتكم هذه يحضرها اللغو والكذب ، فشوبوها بالصدقة

"Ey tâcirler topluluğu! Sizin yaptığınız bu ticarete boş şeyler ve yalan karışmaktadır. Siz de bu ticarete sadaka karıştırın."[98]

Emanet alanın, satım sonucu elde ettiği fazlalığı sadaka olarak vermesi konusunda bu hadisin hükmünü uygularız. Bu hüküm, emanet bırakılan şey satılabilir olduğunda geçerli olur.

Emanet bırakılan şey dirhem ise -ki mallar dirhemler (paralar) ile satın alınır- bakılır; emanet alan bizzat bu dirhemlerle bir mal üzerinde akit yapıp bu paraları ödediyse fazlalık yine kendisine helâl olmaz. Bu dirhemlerle satın alıp başkalarını ödediyse veya mutlak dirhemler karşılığında satın alıp sonra da bu emanet dirhemleri ödediyse bu durumda fazlalık kendisine helâl olur.

Çünkü teslim olmadıkça dirhemler yalnızca akitle belirlenmez. Bu nedenle kişi bunlardan başka dirhemleri vermek istese bunu yapabilir. Ancak teslim almakla bir nevi belirlenir. Bu nedenle kişi satıcıya verdiği dirhemleri geri alıp onun yerine başkalarını verme hakkına sahip değildir. Bu bakımdan biz şöyle dedik: "Emanet alan kişi hem akit hem de ödemede emanet olarak aldığı veya gasbettiği

---

[98] Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, IV/6; İbn Mâce, Ticârât 3; Ebû Dâvûd, Buyû' 1; Tirmizî, Buyû' 4; Nesâî, Eymân ve'n-nüzûr 22; Hâkim, *Müstedrek*, II/5; Taberânî, *el-Mu'cemü'l-kebîr*, XVIII/354.

dirhemleri kullanırsa bunlarla elde ettiği kâr temiz bir kazanç olmaz. Aynı şekilde bu dirhemlerle yiyecek maddesi alıp dirhemleri ödediğinde ödemeyi yapmadan önce bunu yemesi kendisine helâl olmaz. Emanet alan, mutlak dirhemler karşılığında bir şey satın alıp sonra emanet dirhemleri ödese, aldığı şeyden yararlanması kendisine helâl olur"

"*en-Nevâdir*"de şöyle yer almıştır:

Gasbedilen bir şeyden yararlanmak

Bir kişi on dirhem (gümüş para) ile bir dinar (altın) satın alsa, bunun karşılığında gasbettiği dirhemleri ödese, ödemeyi yapmadıkça dinardan yararlanması kendisine helâl olmaz.

Çünkü dirhemlerin sahibi, dirhemlerini alıcıdan geri aldığında önceki akit bozulur. Gasbedenin dinarı geri vermesi gerekli olur. Bu durumda dinar bozuk akit hükmü ile teslim alınmış gibi olur.

Ancak dirhemleri yiyecek bedeli olarak öderse durum farklıdır.

Çünkü burada dirhemlerin sahibinin dirhemleri satıcıdan geri alması ile satış batıl olmaz. Aksine yiyeceğin bedeli gasbedenin zimmetinde daha önce olduğu gibi borç olarak kalır.

Buna göre (Hanefi âlimlerimiz) şöyle demişlerdir:

Kişi bir kumaş gasbederek bununla bir cariye satın alsa, cariye ile cinsel ilişkide bulunması kendisine helâl olmaz.

Çünkü kumaşın sahibi kumaşını geri alsa gasbedenin cariyeyi geri vermesi gerekli olur.

Kişi gasbettiği kumaş karşılığında bir kadınla evlense, onunla cinsel ilişkide bulunması kendisine helâl olur.

Çünkü malı gasbedilen kişi, kumaşını geri aldığında ne nikah ne de anılan mehir geçersiz olmaz.

Emanet alan kişinin emanet malı alıp tekrar yerine koyması

Emanet alan kişi, ihtiyacı nedeni ile emanet malın bir kısmını harcamak için alsa sonra da vazgeçip yerine koysa, daha sonra mal telef olsa kendisine ödeme gerekmez.

Çünkü onun emaneti yerine koyması korumaya devam etmek anlamına gelir. Bu nedenle de ödemeyi gerekli kılmaz. Geriye yalnızca emaneti kendi ihtiyacı için kullanma niyeti kalmıştır. Kişi yalnızca niyet etmekle ödeme sorumlusu durumuna geçmez. Nitekim kişi bir kimsenin malını gasbetmeye niyet etmekle o malı ödemez. Çünkü Resûlüllah (s.a.v.) şöyle buyurmuştur:

إِنَّ اللهَ تَعَالَى تَجَاوَزَ لِأُمَّتِي عَمَّا حَدَّثَتْ بِهِ أَنْفُسَهَا مَا لَمْ يَعْمَلُوا أَوْ تَكَلَّمُوا

"Gerçekleştirmedikçe veya konuşmadıkça Allahu Teâlâ ümmetimin İçlerinden geçen şeyleri affetmiştir."[99]

Iraklılar kişinin yapmaya niyet edip de yapmadığı şey konusunda şöyle derler: "كَادَ وَ لَمَّا / yapacaktı, yapmadı." Bununla kastettikleri; "neredeyse isyan edecekti, ama korundu (masum oldu)"demektir. Masum olana isyan edenin cezası verilmez. Emanet alan emaneti yerinden kaldırma nedeniyle ödeme yükümlülüğüne girse bile, onu yerine geri koymakla emanet akdine uygun olan davranışa dönmüştür. Daha sonra açıklayacağımız üzere biz Hanefilere göre bu, kendisini ödemeden kurtarır. Daha önce geçen mesele ise böyle değildir. Çünkü orada emanet alan kendi malını getirip harcadığının yerine koymuştur. Bununla akde aykırı durumu ortadan kaldırıp akde uygun davranış içine girmiş olmaz. Bu meselede ise bizzat emanetin kendisini geri koymuştur. Bununla akde uygun davranışa geri dönmüş olur. Bu bana göre iki durum için en iyi (evla) olan yoldur. Şöyle ki; emanet alan kişi emaneti satarak onun değerini ödese satış kendisi açısından geçerli olur. Ödemekle, ödemenin kendisine gerekli olduğu andan itibaren ona malik olur. Satmak maksadıyla emaneti yerinden almak, satım ve teslim olmadan önce ödemeyi gerektirmeseydi, onun mala sahip olması bu duruma (ödemenin gerekli olması anına) dayanmazdı. Bu nedenle satışının geçerli olmaması gerekirdi. Bu şekildeki rivâyet Muhammed (rh.a.)'in "Vedia Kitabı"nda yer almıştır. "Mudarebe Kitabı"nda ise satışın geçerli olduğunu söylemiştir. Bundan anlıyoruz ki en iyisi ikinci yolu esas almaktır.

[11/113]

Emanet alan kişinin, malı sahibine verdiğini iddia etmesi

Emanet bırakan emaneti istediğinde emanet alan "ben onu sana geri verdim" dese yeminle birlikte onun sözü kabul edilir.

Çünkü o emin/kendisine güvenilen kimse konumundadır. Emin, kendisine ödemeyi gerekli kılan nedeni inkar ettiği ve kendisine yüklenen görevi -ki bu da emaneti geri vermektir- yerine getirdiğini haber verdiği için yeminle birlikte onun sözü esas alınır. Emanet bırakan kişi ona bu görevi yüklemiştir. Bu nedenle emanet alanın sözü, görevi yükleyenin (emanet verenin) sözü gibi kabul edilir. Ancak töhmeti kaldırmak amacıyla emanet alan yemin eder.

Aynı şekilde emanet mal çalınsa, telef olsa veya emanet alanın elinden gitse, emanet alan da "nasıl gittiğini bilmiyorum" dese yeminle birlikte onun sözü kabul edilir.

Çünkü o, gerçekleşmesi mümkün olan bir şeyi haber vermiş, kendisine güvenilen (emin) bir kişidir. Diğer taraftan o, tazminatın kendisine gerekli olma nedenini inkar etmekte, malın sahibi ise tazminat nedenini –yani emaneti

[99] Buhârî, Itk 6; Müslim, İman 201; İbn Mâce, Talak 14; Ebû Dâvûd, Talâk 15; Nesâî, Talak 22; İbn Hibban, X/178.

istedikten sonra emanet alanın onu vermediğini- iddia etmektedir. Bir delil olmadıkça emanet verenin sözü kabul edilmez.

Sonraki âlimler (müteahhîrûn) (rh.a.), emanet alan kişi ilk olarak "nasıl gittiğini bilmiyorum" dediğinde, kendisine ödeme gerekip gerekmediğinde ihtilaf etmişlerdir.

Onlardan bir kısmı şöyle demiştir: Emanet alan malı öder. Çünkü söylediği söz ile o, emanet malın durumunu belirsiz bırakmıştır. Emanet alan kişi emanet malın durumunu belirsiz bırakırsa (ne olduğunu bildirmezse) öder. Ancak o "mal gitti, fakat nasıl gittiğini bilmiyorum" derse böyle olmaz. Çünkü o "mal gitti" sözü ile malın telef olduğunu bildirmektedir. Bu onun için yeterli olur. Bundan sonra onun "nasıl gittiğini bilmiyorum" sözüne itibar dikkate alınmaz.

En doğrusu, emanet alan ödemez. Çünkü o "nasıl gittiğini bilmiyorum" demekle malın telef olduğunu bildirmekle birlikte sözünde yalandan ve ölçüsüz konuşmaktan sakınmaktadır. Çünkü malın gittiği şüphesiz olarak kişinin sözünden anlaşılmaktadır. Belirsiz bırakma yalnızca malın gitme biçimi ile ilgilidir. Malın gittiğini bildirmesi kendisinin ödemeden kurtulması için yeterlidir.

Emanet alan "ben emaneti sana elçimle birlikte gönderdim" deyip kendisinin bakımında olan birisinin adını ansa, bununla "emaneti sana geri verdim" demesi aynıdır.

Çünkü emanet alanın bakımında olan kişinin eli (zilyedliği), malı koruma konusunda emanet alanın eli gibi kabul edilince malı geri verme konusunda da onun eli gibi kabul edilir. Bunu söylemekle emanet alan, kendisine ödemeyi gerektiren bir şeyi ikrar etmiş olmaz.

Emanet alan, "ben yabancı bir kişi ile emaneti sana gönderdim" dese, Biz Hanefilere göre emanet veren, malın kendisine ulaştığını ikrar edinceye kadar ödeme sorumluluğu altındadır.

İbn Ebi Leyla (rh.a.) "Ona ödeme gerekmez" demiştir. Bu görüş onun kabul ettiği şu prensibe dayanmaktadır: "Kendisine emanet bırakılan kişi, bu malı başkasına emanet bırakabilir." Çünkü emanet alan kişi, emanet malı kendi malını koruduğu gibi korumalıdır. Kişi kendi malını yabancı birisine emanet olarak bırakabilir. Aynı şekilde emanet alan da emanet malı bir başkasına emanet olarak verebilir. Tıpkı kendi bakımında olan birisine vermesi durumunda olduğu gibi, korumak üzere veya asıl sahibine göndermek üzere malı bir başkasına verdiğinde ödeme sorumluluğuna girmiş olmaz.

Biz Hanefilere göre emanet alan malı başkasına emanet edemez.

Çünkü malı koruma konusunda insanlar farklılık göstermektedir. Emanet bırakan kişi başkasının değil, bu kişinin korumasına ve emanetine güvenmiş, razı olmuştur. Kendisine emanet bırakılan kişi malı başkasına verdiğinde, malının [11/114]

kendisi tarafından korunmasını isteyen kişinin hakkı olan malı koruma sorumluluğunu terketmiş olur. Bu nedenle de öder. Kendi bakımında olan kişiye vermesi ise böyle değildir. Çünkü emanet bırakılan kişi emanet malı kendi bakımında olan kişilerin elleri ile korur. Çünkü bakımında olan kişiler de kendisinin hâkimiyeti altında bulunmaktadır. Onun bakımında olan kişilerin ellerinde bulunanlar da onun elinde bulunmaktadır. Ancak emanet alan, malı yabancı birisine verdiğinde malın koruması kendisinde olmuş olmaz. Aksine malın koruyucusu onu teslim alan yabancı kişi olur. Halbuki emanet bırakan buna razı değildir. İşte bu nedenle mal sahibi, emanet malın kendisine ulaştığını ikrar edinceye dek, emaneti yabancıya veren kişi ödeme sorumluluğu altında olur. Mal sahibi bunu ikrar ettiğinde mal, onun eline ulaştığı için emanet alan ödemeden kurtulur. Nitekim gasbedilen mal, sahibinin eline ulaştığında gasbeden de ödemeden kurtulur.

Âriyet-Vedîa ilişkisi

Bütün bu hususlarda âriyet de vedia (emanet bırakılan mal) gibidir. Çünkü âriyet de vedia gibi emanettir.

Bu açıklama, âriyet (iğreti mal) alanın da tıpkı vedia (emanet mal) alan gibi malı yabancıya emanet bırakamayacağını göstermektedir.

Hanefi âlimlerimizden bazıları (rh.a.) âriyet alanın bunu yapabileceğini söylemiştir. Çünkü âriyet alan, yararlanma şekli kişiden kişiye değişikliğe uğramayan şeylerde malı başkasına âriyet olarak verebilir. Üstelik âriyet vermede hem emanet bırakma hem de bundan fazla bir husus (maldan yararlanmasına izin verme) vardır. Ancak ilk görüş daha doğrudur. Çünkü bize göre âriyet alan kişi menfaate sahiptir. Onun menfaati başkasına âriyet olarak vermesi, kendi mülkü olan menfaat üzerinde tasarrufta bulunmaktır. Sonra âriyeti başkasına âriyet veren kişi kendi mülkü olan menfaat üzerinde tasarrufta bulunduğu için menfaatin teslimi hükmen mala geçer. Bu ise kendisine ödemeyi gerektirmez. Ancak malı başkasına emanet bırakmak ise menfaat değil, mal üzerinde tasarrufta bulunmaktır. Halbuki âriyet alanın mal üzerinde tasarrufta bulunma yetkisi yoktur. Bu nedenle emanet alan kişinin malı başkasına emanet vermesi durumunda olduğu gibi bu da ödemeyi gerektirir.

Emanet alan "ben malı sana bu yabancı ile gönderdim" veya "malı bu yabancıya emanet ettim. Sonra o bana geri verdi. Daha sonra da mal benim yanımda telef oldu" dese doğrulanmaz. Emaneti öder.

Çünkü o, kendisi üzerine ödemeyi gerekli kılan nedeni ikrar etmiş, sonra da bunu düşüren bir durum olduğunu iddia etmiştir. Bu nedenle, gasbettiği malı geri verdiğini iddia eden gasbeden gibi bu da doğrulanmaz.

Emanet alanın akde aykırı davranması

Emanet alan, söylediği hususu desteklemek üzere tanık gösterirse ödemeden kurtulur.

Çünkü o, borçtan temiz olduğunu delil ile ispat etmiştir. Tanıklarla sabit olan şey, davalının (hasmın) ikrarı ile sabit olan gibidir. Bu bizim görüşümüzdür.

Emanet alan kişi vedia akdine aykırı davranışta bulunup sonra bundan vazgeçse (akde uysa) ödemeden kurtulur.

Şâfiî (rh.a.)'ye göre ise ödemeden kurtulamaz. Bu hüküm, üzerinde bulunduğumuz mesele ile kişinin emanet elbiseyi giyip sonra çıkartması ve ardından elbisenin telef olması konusunda açıklanmaktadır.

Şâfiî (rh.a.)'nin delili Peygamber (s.a.v.)'in şu sözüdür;

على اليد ما أخذت حتى يؤدي "Aldığını geri verinceye kadar, elde bulundurulan malın ödeme sorumluluğu onu elinde bulunduran kişiye aittir."[100]

Emanet alan kişi malı kullanmak üzere yerinden aldığında mal ödemeye tâbi duruma gelir. Bu durumda iken telef olsa onu öder. Malı ancak sahibine geri vermekle ödemeden kurtulabilir. Bizim meselemizde ise sahibine geri verme gerçekleşmemiştir. Diğer taraftan emanet mal, bâzen emanet alanın bunu inkar etmesi suretiyle sözlü olarak akde aykırı davranmaktan dolayı ödemeye tabi olur. Bazen de fiille akde aykırı davranmaktan dolayı ödemeye tabi olur. Emanet alan emaneti inkar ettiğinde onun ödeme yükümlülüğünü üstlendiğinden, malı sahibine geri verinceye kadar bu karşı davranıştan kurtulmuş olamaz. Aynı şekilde emanet malı kullandığında da böyledir. Hatta burada ödemeden kurtulamaması daha açıktır. Çünkü kullanmak mala bitişik olduğu durumda inkar mala bitişik değildir.

Şâfiî (rh.a.) emanet alan kişiyi, belirli bir yere kadar binmek üzere bir hayvan kiralayıp sonra da bu bölgeyi geçen, ardından belirlenen bölgeye geri dönen kişiye kıyas etmiştir. Bu kişi ödemeden kurtulmaz. Aynı şekilde âriyet alan da emin olmakla tanınır. Hainlik ettiğinde onu öder. Diğer taraftan emanet bırakan kişi, malı koruma konusunda kendi hâkimiyetini emanet alana ödünç olarak vermektedir. Emanet alan akde aykırı davrandığında ödünç olan hâkimiyetini geri vermek istemiştir. O tek başına bunu yapabilir. Daha sonra emanet akdine uygun davranmakla hâkimiyetini tekrar geriye getirmek istemektedir. Halbuki bunu tek başına yapma yetkisine sahip değildir. Hem de vedia akdinin gerekli kıldığı şey emaneti mal sahibi için korumaktır. Emanet alan buna aykırı davranmakla; ya doğrudan korumayı terkettiği için ya da malı kendisi adına koruduğunda sahibi adına korumayı terketmiş olacağı için akdin gereğini ortadan kaldırmıştır. Akdin gereği ortadan kalktıktan sonra akit varlığını devam ettirmez. Diğer taraftan insan kendi malını ancak güvenilir bir kişiye güvenerek bırakır. Hainlik edene değil. Mutlak olarak yapılan akit örfle sınırlı olur. Nitekim mutlak dirhemler ile yapılmış [11/115]

[100] Dârimî, Buyû' 56; Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, V/8; İbn Mâce, Sadakât 5; Ebû Dâvûd, İcâre 90; Tirmizî, Buyû' 39.

bir satım akdi, akdin yapıldığı yerde geçerli olan dirhemlerle sınırlı olur. Aynı şekilde mutlak yapılmış bir vedia akdi de örfün delil olması ile sınırlı olur. Akit, aykırı davranma öncesindeki şeyle sınırlı olunca, aykırı davranmadan sonra varlığını devam ettirmez.

Biz Hanefilerin bu konudaki delilleri ise şunlardır;

Emanet bırakma herhangi bir şeyle kayıtlandırılmaksızın mutlak olarak yapılmıştır. Bu nedenle akde aykırı davranışta bulunduktan sonra da akit varlığını devam ettirir.

Buradaki gerekçeyi şöyle açıklayabiliriz: Kişi "benim malımı koru" veya "onu ebediyyen koru" demiştir. Bu ifadenin, hem akde aykırı davranmadan önce ve hem de sonra emanet malı korumayı kapsadığını herkes rahatlıkla anlayabilir. Sonra akit, aykırı davranmakla geçersiz duruma gelmez. Çünkü *bir şeyin geçersiz (batıl) olması onu geçersiz kılmak üzere konulmuş bir şeyle veya ona zıt bir şeyle olur.* Emanet malı kullanmak ise emanet akdini iptal etmek üzere konulmamıştır. Hem de onu ortadan kaldırmamaktadır. Görmez misin mal sahibi malını gasbeden kişiye "elindeki malımı sana emanet bıraktım" dese, kullanmakla birlikte koruma emrini vermesi başlangıç hükmünde geçerlidir. Akde aykırı davranmak koruma emrini reddetmek anlamına gelmez. Çünkü emir sözdür. Söz, kendisi gibi bir sözle reddedilir. Diğer taraftan akde aykırı davranma, vedia bırakanın bulunmadığı sırada gerçekleşir. Bu durumda iken emanet alan "emri reddettim" dese reddolmuş olmaz. Hem emanet alan, emirden dolayı gerekli olan koruma görevinde emrin gerektirdiğine aykırı olarak tasarrufta bulunmuştur. Bu, emirde tasarrufta bulunmak anlamına gelmez. Emrin geçerli olması; emredenin emir vermeye ehil olması ve emredilen kişiden doğrudan korumanın beklenmesi ile olur. Burada bunlardan hiçbiri eksik olmamıştır. Emanet aldığını inkar etmek ise böyle değildir. Çünkü bu bizzat emri reddetmektir. İnkar eden kişi malı mülk edinmektedir. Bir mala sahip olan kişi, başkası tarafından o malı korumakla görevlendirilemez. Bu durumu dinî emirler göstermektedir. Şöyle ki; *dindeki emirleri inkar etmek red anlamına gelir. Ama emre aykırı davranmak red anlamına gelmez. Bundan dolayıdır ki bir kişi oruç veya namazı terketse kâfir olduğuna hükmedilmez.* İnsanların verdiği emirlerde de durum böyledir. Örneğin kişi bir malı bin dirheme satma konusunda bir kişiyi vekil atasa, o kişi de malı beşyüz dirheme satsa vekillik geçersiz olmaz. Oysa vekil hem emre aykırı davranmıştır, hem de vekillik akdi emanet akdi gibi bağlayıcı bir akit değildir.

Şâfiî bunu şöyle gerekçelendirmektedir; satım devam eden bir akit olmadığından bu konuda verilen emir, aykırı hareket etmekle geçersiz olmaz. Malı korumak ise bir süre devam ettiği için burada sürenin bir kısmında emre aykırı davranmakla emir geçersiz duruma gelir. Bu nedenle de öder.

Ancak bu gerekçe malı korumak için ücretle adam tutma konusunda çözümsüz kalmaktadır. Çünkü bu akit bir süre devam eden bir akit olmasına rağmen, fiil yoluyla akde aykırı davranıldığında akit geçersiz olmamaktadır. Şâfiî (rh.a.)'nin malın korunması için ücretle adam tutma konusundaki "Ücretle adam tutma bağlayıcı bir akittir. Bu nedenle inkar etmekle geçersiz olmaz" şeklindeki gerekçesi de zayıftır. Çünkü ona göre akdin geçersiz olması, akit konusu olan şeyin ortadan kalkması ile olur. Bu konuda bağlayıcı olan akitle böyle olmayan akit eşittir. Bağlayıcı olan akitle olmayan akit yalnızca red sayılan şeyler bakımından birbirinden ayrılmaktadır. Sonra kiralama meselesinde akit, süre içinde malı koruyan kişinin korumak için sarfedeceği emek üzerinde yapılmıştır. Koruma fiili peyderpey gerçekleşir. Sürenin bir kısmında korumayı terketmekle akit bu miktar üzerinde geçersiz olur. Bunun dışında üzerinde akit yapılan şeyin devam etmesi gibi devam eder. Bedel karşılığı olmayan korumada da böyledir.

Belirli bir yere kadar binmek üzere hayvan kiralamaya gelince; hanefi âlimlerimizden (rh.a.) bir kısmı şöyle demiştir; "Eğer hayvanı gidip gelmek üzere kiralamışsa belirlenen yere geri dönmekle ödemeden kurtulur. Bu bölgeyi geçmekle ödeme sorumluluğuna girer. Çünkü ödeme nedeni vardır. Daha sonra belirlenen yere geri dönmekle aralarındaki akit yenilenmiş olmaz."

Biz hayvan kiralama konusunda Şâfiî'nin dediği hükmü kabul etsek bile bunu şöyle açıklayabiliriz: O meselede akit, belirlenen bölge içinde hayvandan elde edilecek yarar üzerinde yapılmıştır. Hayvanı bu bölgeden çıkarmakla, akit konusu tamamen ortadan kalkmaktadır. Malı korumak için ücretle adam tutulmasında ise akit, malı koruyan kişinin koruma emeği üzerinde söz konusu olmaktadır. Akde fiil yolu ile aykırı davranmakla akit konusu tamamen ortadan kalkmış olmamaktadır. Sadece onun bir kısmında teslim değişikliğe uğramış olmaktadır. Çünkü (mesela malı ücretle koruyan) kişiye malı şehirde teslim etmesi emredilmişti. O kişi malı şehir dışına çıkardığında, akit konusu ortadan kalkmaksızın teslim değişikliğe uğramaktadır. Hayvan kiralayan kişi, akitte belirlenen bölge içinde hayvana başka bir yük daha yüklese sonra o yükü indirse üzerinde akit yapılan şey varlığını devam ettirdiği için ödemeden kurtulur. Hakkı elde etme konusunda değişiklik meydana gelmiş olur. [11/116]

Diğer taraftan hayvanı kiralayan kişi, hayvanı elinde tuttuğu için değil, kendisine emredilen yerin dışında onu elinde tuttuğu için ödemesini yüklenmiş olur. Kiralayan, hayvanı elinde bulundurma konusunda kendisi için çalışmaktadır. Görmez misin kiraladığı şeyi günlerce kendi evinde alıkoysa, ödemekle yükümlü olur. Malı kendi yararı için elinde tuttuğunda akde aykırı davrandıktan sonra malı eski durumuna bırakması mümkün olmaz.

Emanet alan ise malı elinde tutmakla değil, malı kullanmakla öder. Malı geri bıraktığında bunların tümü ortadan kalkmış olur. Bu nedenle kira akdinde malı

(kullanmayıp yalnızca) elinde tutmakla ödeme gerekmediğine göre akde aykırı davranmayı terketmekle de ödemeden kurtulur. Nitekim Muhammed (rh.a.) "Kira" ile ilgili bölümde şöyle demiştir: "bir kadın gündüzleri giymek üzere (yeni) bir elbise kiralayıp bunu gece de giyerse ödeme yükümlüsü olur. Gündüz olduğunda ödemeden kurtulur. Çünkü kendisine ödemenin gerekli olması elbiseyi elinde tutması nedeniyle değil, amacı dışında kullanması nedeniyledir."

Emanet bırakmanın, akde aykırı davranılması durumunda dahi devam ettiği sabit olunca şunları söyleriz: Emanet alanın eli (zilyetliği), emanet verenin eli gibidir. Akde aykırı davranma durumunda sanki mal, sahibinin elinde olup onu kullanan kişi mala tutunmuş olur. Mal onun kullanması sonucu telef olursa öder, değilse ödemez. Nitekim kişi, sahibinin elinde olan bir kumaşı kullansa hüküm yine böyledir. Bu, Hinduvânî (rh.a.)'nin tercih ettiği görüştür.

En doğrusu emanet alan akde aykırı davrandığında, mal ister kullanım sonucu telef olsun, ister başka bir nedenle telef olsun onu öder.

"el-Asl"da bunu gösteren bilgiler bulunmaktadır. Muhammed (rh.a.) şöyle demiştir: "ödemeden kurtulur." Ödemeden beri olma, ancak mal kendisinin ödeme yükümlülüğünde olduktan sonra gerçekleşir.

Emanet veren ve alan malın akde aykırı davranma sırasında mı veya bundan sonra mı telef olduğu konusunda ihtilaf etseler, mal sahibinin sözü esas alınır. Bundan anlaşılmaktadır ki emanet alan akde aykırı davrandığı anda ödeme yükümlüsü olmuştur. Onun ödeme yükümlüsü olmasının nedeni; akde konu olan şeyi (korumayı) ortadan kaldırmak ve akde aykırı davranması nedeniyle dolayısıyla elini (korumasını) maldan kaldırmasıdır. Bir şey hakkında sabit olan şey onun miktarı ile sınırlanır. Akde aykırı davranma zamanı hariç, akdin devam etmesi nedeniyle emanet alanın eli, emanet verenin eli gibidir. *Devam ettirilebilen şeyleri devam ettirme, tasarrufu ilk olarak yapma hükmüne sahiptir.* Kişi ilk olarak malı emanet olarak bıraksa, emanet alanın eli emanet verenin eli gibi olduğundan o, ödemeden kurtulur. Burada da öyledir.

Bundan anlaşılmaktadır ki emanet alanın, malı âriyet olarak elinde bulundurmayı devam ettirmek istemesi, akde aykırı davranma durumuna özgüdür. Çünkü bu, aykırı davranma nedeniyle sabit olmuştur. Emaneti koruma emrini akde aykırı davranma öncesi ile sınırlandırma iddiası geçersiz bir sözdür. Hiç kimse mal sahibinin "hainlik etmedikçe malımı koru, hainlik edince koruma" diyebileceğini düşünmez. Mal sahibi yalnızca "malımı koru, hainlik etme. Hainlik edersen hainliği bırak ve malımı benim için koru" der. Çünkü mal sahibinin malı koruma konusunda emir vermekteki maksadı, malın emanet alan yanında korunmuş bir durumda olmasıdır. Akde aykırı davranma durumunda buna daha çok ihtiyaç duyulur.

Emanet veren vediayı ister de emanet alan bunu inkar ederse, iki nedenden dolayı ödemekle yükümlü olur;

[11/117]

Emanet alanın emaneti inkar etmesi

Birincisi; **o, emaneti inkar etmekle onu, mülk edinmiş olmaktadır. Çünkü din, kişinin elinde bulunan şeyle ilgili olarak onun sözünü esas almıştır. Kişi başkasının malını onun rızası olmaksızın ancak ödemek suretiyle mülk edinebilir.**

(İkincisi;) **Mal sahibi malını geri istediğinde, koruma konusunda emanet alanı azletmiş olur. Emanet alan kişi emaneti inkar etmekle hükmen malikin mülkünü engellemiş, onun mülkü üzerinde sabit olan elini (hâkimiyetini) yitirtmiş olur. Bu nedenle de ödeme yükümlüsü olan gasbeden gibi olmaktadır.**

Muhammed (rh.a.) *"el-Asl"*da emanet alanın, emanet verenin bulunmadığı bir durumda emaneti inkar etmesi meselesini anmamıştır.

Bir kimse, elinde emanet mal bulundurana "falancanın sendeki emanetinin durumu nedir?" diye sorduğunda o, emaneti inkar ederse veya emanet veren kendisinden emaneti istemeksizin onun korunmasından dolayı teşekkür etmek maksadıyla, "benim sendeki emanetim ne durumdadır?" der de diğer kişi emaneti inkar ederse, her iki durumda hükmün nasıl olacağı Züfer ve Ebû Yusuf (rh.a.)'un ihtilafları arasında anılmıştır. Züfer (rh.a.)'e göre, daha emanet alan kişi, inkarla malı mülk edindiği ve hükmen sahibinin elini (mal üzerindeki hâkimiyetini) ortadan kaldırdığı için malı öder. Ebû Yusuf (rh.a.)'a göre ise ödemez.

Çünkü mal sahibi onu malın korunmasından azletmemiştir. Bundan dolayı akit devam eder. Akdin devam etmesi itibarıyla emanet alanın mal üzerindeki eli, mal sahibinin eli gibi olur. Diğer taraftan mal sahibinin bulunmadığı durumda emaneti inkar etmek malı korumak nedeniyledir. Çünkü inkar etmek, bu mala karşı arzu besleyenlerin heveslerini kesmek için seçilen bir yoldur. Bundan dolayı ödemeyi gerektirmez.

Emanet alan kişi, elinde emanet mal bulunduğunu inkar ettikten sonra emanet malın sahibi, malı ona emanet ettiğine dair tanık getirse sonra da emanet alan malın telef olduğuna dair tanık getirse emaneti öder.

Çünkü o inkar etmekle ödemeyi yüklenmiştir. Ödemeye tabi bir malın, ödeme yükümlüsü elinde telef olması kendisi üzerindeki ödemeyi pekiştirir.

Aynı durumda emanet alan, malın kendisinin inkar etmesinden önce telef olduğuna dair tanık getirdiğinde de öder.

Çünkü tanıkların sözü, ancak öncesinde dâvanın bulunması ile kabul edilir. Oysa bu kişi söylediği sözde çelişkiye düşmüştür. Onun emaneti temelden

reddetmesi, bundan önce emanetin telef olduğunu iddia etmesine engel olmaktadır. Bu nedenle emanet veren emanet verdiğini ikrarda bulunmadıkça onun tanıkları kabul edilmez. Eğer ikrar ederse emanet alana ödeme gerekmez. Çünkü ikrar, ikrarda bulunanın hakkında hükmü gerekli kılar. Diğer taraftan hasım, çelişkiye düşen kişiyi doğrularsa bu kişinin sözü kabul edilir.

Emanet alan kişi, emanet bırakana "sen bana hiçbir şey emanet etmedin" deyip daha sonra "bana emanet verdin fakat o kayboldu" derse öder.

Çünkü daha önce açıkladığımız gibi onun emaneti aslen inkar etmesi, daha öncesinde onun telef olduğunu iddia etmesine engel oluşturmaktadır. İnkar ettikten sonra malın telef olması kendisi üzerinde ödemeyi pekiştirir.

Emanet alan "ben onu sana verdim" deyip bir kaç gün sonra "sana vermedim, o telef oldu" derse doğrulanmaz. Ödemesi gerekir.

İsa (İbn Eban) bu hükme itiraz ederek şöyle demiştir: "Kendisine ödeme gerekmez. Çünkü o iki söz konuşmuştur. Bunların her birini bağımsız olarak konuşsa idi ödemesi gerekmezdi. Bunları bir arada konuşmakla nasıl ödeme yükümlüsü olabilir?"

Bunu (İsa b. Eban'ın görüşünü) iki yönden açıklayabiliriz:

Birincisi; ödemenin mutlaka bir nedeni olması gerekir. Burada ise neden bulunmamaktadır. Çünkü emanet alan, malı, sahibinin izni ile almıştır. Kendisi bunu inkar etmemektedir ki ödemekle yükümlü olsun.

İkincisi; Emanet alanın "onu geri verdim" veya "kayboldu" sözü, malın gerçekten geri verildiğinin sabit olması konusunda değil kendisinden ödemeyi kaldırma konusunda muteberdir. Bu nedenle emanet alan, malı vasiyet görevlisine (vasîye) verdiğini iddia etse vasiyet görevlisi herhangi bir şey ödemez.

Maksat kendisinden ödemeyi kaldırmak olunca, bu maksat hususunda onun sözünde bir çelişki bulunmadığından herhangi bir şey ödemez.

Zâhirü'r-rivaye'nin delili ise şudur; Bu kişi sözünde çelişkiye düşmüştür. Çünkü onun malı geri verdiğini söylemesi, malın kendisinin elinde telef olduğunu iddia etmesini engellemektedir. Malın kendi elinde telef olduğunu söylemesi malı geri verdiğini iddia etmesini engellemektedir. Çelişki bulunması nedeniyle onun sözüne itibar edilmez. Bu durumda o, kendisinden emanet mal istendiği durumda onu geri vermekten kaçınan ve herhangi bir şey söylemeyen kişi hükmünde kalmış olur. Bu da kendisine ödemeyi gerekli kılan bir nedendir. Bu bakımdan öder. [11/118]

Emanet alan kişi mal sahibine "sen bana bin dirhem emanet bıraktın, onlar telef oldu" dese, malını isteyen kişi de "yalan söylüyorsun. Sen onları benden gasbettin" dese emanet alanın sözü kabul edilir.

Çünkü lehine ikrarda bulunulan kişi, yani emanet veren, emanet alana karşı ödeme nedeni olan gasbı iddia etmekte, emanet alan ise bunu inkar etmektedir. Daha önce de ondan kendisine ödemeyi gerekli kılan bir ikrar çıkmamıştır. O yalnızca mal sahibinin malını bir yere koyduğunu ve bu malın telef olduğunu söylemiştir. Bir insanın kendi malı üzerindeki tasarrufu başkası üzerine ödemeyi gerektirmez.

Emanet alan kişi "ben malı senden emanet olarak aldım" dese, diğeri de "aksine sen onu gasbettin" dese emanet alan öder.

Çünkü o, başkasının mülkünde ödemeyi gerektiren bir fiil –ki bu malı alma fiilidir- gerçekleştirdiğini ikrar etmektedir. Peygamber (s.a.v.) şöyle buyurmuştur:

عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تَرُدَّ

"Aldığını geri verinceye kadar malın ödeme mükellefiyeti alana aittir."[101]

Bu kişi daha sonra kendisinden ödemeyi kaldıran bir şeyi yani mal sahibinin malı alma konusunda kendisine izin verdiğini iddia etmektedir. Bu konuda doğrulanmaz. Bundan dolayı da öder.

Ancak tanık getirirse veya mal sahibi yeminden kaçınırsa ödemez.

Çünkü mal sahibinin yeminden kaçınması karşı taraf lehine ikrarda bulunması gibidir.

Mal sahibi "ben onu sana borç (karz) olarak verdim" dese emanet alan da "aksine sen onu bana emanet olarak bıraktın. Ben de emanet olarak aldım. Sonra da mal kayboldu" dese kendisine ödeme gerekmez.

Çünkü her iki taraf malı almanın mal sahibinin izni ile gerçekleştiğinde görüş birliği durumundadır. Ödeme ancak ortada ödeme akdi olması itibarı ile gerekli olur. Mal sahibi "sana borç olarak verdim" derken bunu iddia etmekte, emanet alan ise bunun karz akdi olduğunu inkar etmektedir. İnkar etmesi nedeni ile onun sözü esas alınmaktadır.

Daha sonra Muhammed (rh.a.) buğdayı arpa ile karıştırma konusunda şunları açıklamıştır: "Eğer birbirinden ayrılmaları mümkün ise emanet alanın ödemesi gerekmez. Bu da buğday tanelerinin ince elekten geçirilmesi suretiyle arpadan ayrılması ile olur. Bu şekilde olursa bu beyaz dirhemlerin siyahlarla karıştırılması gibi olur. Ödemeyi gerektirmez."

Borçlu kişiye borç miktarınca emanet bırakmak

Bir kimse, bin dirhem alacaklı olduğu bir kişiye bin dirhem emanet bıraksa, emanet alan kişi bin dirhemi ona verdikten bir kaç gün sonra da anlaşmazlığa düşseler; emanet bırakan kişi "ben senden emanetimi geri

[101] Dârimî, Buyû' 56; Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, V/8; İbn Mâce, Sadakât 5; Ebû Dâvûd, İcâre 90; Tirmizî, Buyû' 39.

aldım", diğeri de "ben sana borcumu ödedim, senin emanet bıraktığın mal kayboldu" dese emanet alanın sözü kabul edilir.

Çünkü bin dirhemi karşıya veren odur. Hangi nedenle bu parayı verdiği konusunda onun sözü esas alınır. O, bu parayı borcunu ödemek maksadıyla verdiğini iddia ettiğinden bununla borçtan kurtulur. Geriye onun elinde emanet mal kalmıştır. O, malın telef olduğunu söylediğinden bu konuda da onun sözü kabul edilir. Bu şöyle açıklanabilir: Emanet alan kişi karşı tarafa hiçbir şey vermeksizin emanet malın telef olduğunu haber verse, onun sözü esas alınır. Yalnızca aldığı borcun bedeli olan bin dirhemi ödemesi gerekir. Bin dirhemi ödedikten sonra emanet malın telef olduğunu haber vermesi durumunda da böyledir.

Kısıtlı çocuğa emanet bırakmak

Bir kişi tasarrufları kısıtlanmış olan bir çocuğa bir mal emanet ederse Ebû Hanîfe ve Muhammed (rh.a.)'e göre (malın kaybolması durumunda) çocuk bunu ödemez. Ebû Yusuf ve Şâfiî (rh.a.)'ye göre ise öder.

Ebû Yusuf ve Şâfiî (rh.a.)'nin delilleri şudur; malın telef olması nedeniyle gerekli olan ödeme, fiilden dolayı olan ödemedir. Bu konuda çocuk ile baliğ (ergin) birbirine eşittir. Çünkü daha önce açıkladığımız gibi fiilin çocuk tarafından gerçekleştirilmesi, bu fiilin meydana gelmesiyle olur. Görmez misin, emanet mal köle veya cariye olsa, çocuk bunları öldürse bu fiili nedeniyle onların değerini öder. Diğer mallarda da durum böyledir. Öte yandan çocuğa emanet bırakmak geçersizdir. Çünkü bu, malı koruyamayacak kişiden korumasını istemektir. Emanet bırakan sanki bırakmamış gibi olur. Aksine o malını telef etmiştir. Çünkü koruyamayacak kişiden malı korumasını istemek malı kaybetmektir. Mal sahibi sanki malını yolun ortasına atmış gibi olur. Böyle yapar da çocuk malını telef ederse öder. Bu mesele de öyledir.

[11/119]

Ebû Hanîfe ve Muhammed (rh.a.)'in delili hakkında *"el-Asl"* adlı kitapta Muhammed (rh.a.) şunları söylemiştir: "Çünkü o çocuktur. Mal sahibi malını ona vermek suretiyle malı çocuğun hâkimiyetine vermiştir."

Mal sahibinin malı çocuğun hâkimiyetine vermesi konusu iki yönden açıklanabilir:

Birincisi; Bu, âdet itibarıyla bir hâkimiyet vermedir. Çünkü çocuklar işlerin sonunu iyi düşünemediklerinden normal olarak onlar malı kaybederler. Mal sahibi bunu bildiği durumda, malı çocuğun almasına izin verince, telef edilmesine izin vermiş gibi olur. "Malımı koru" demekle izin vermiş olmaktan çıkmaz. Çünkü bu şekilde malı koruyamayacak kişiye hitap etmektedir. Bu tıpkı eşeğin önüne arpayı koyup da "yeme" demek gibidir. Köle ve cariye meselesi bundan farklıdır. Çünkü adam öldürmek çocukların normal olarak yaptığı şeylerden değildir. Çünkü onlar öldürmekten korkar ve kaçarlar. Bu nedenle kişinin köle ve cariyeyi çocuğa emanet bırakması, normalde çocukların onları öldürmesine imkan tanımak anlamına

gelmez. Hayvanlar ise böyle değildir. Çünkü binmek suretiyle hayvanları telef etmek (kullanılamaz duruma getirmek) çocukların normalde yaptığı şeylerdendir. Bundan dolayı hayvanı çocuğa emanet eden kimse âdeten hayvanları öldürmeye izin vermiş gibi olur.

En doğru olarak şunları söyleyebiliriz: İmkân tanıma / izin vermenin anlamı; mal üzerindeki hâkimiyetini çocuğa devretmektir. Mal sahibi mal üzerindeki hâkimiyeti itibarıyla malını tüketme/telef etme kudretine sahiptir. Hâkimiyetini devrettiğinde emanet alan kişi ergin olsun çocuk olsun, onun telef etmesine imkan tanımış olur. Ancak malını verdiği kişiye "onu koru" demekle hâkimiyeti devretmesinin başka bir nedenle değil yalnızca korumakla sınırlı olmasını kastetmiştir. Bu, ergin kişi hakkında geçerli olmakla birlikte çocuk hakkında geçersizdir. Çünkü çocuk henüz akit yaparak sorumluluk alma çağında değildir. Çünkü çocuk borçlanmaya ehil değildir. Bundan dolayı hâkimiyetini çocuğa devrettiğinde malın telef edilmesine mutlak olarak izin verilmiş olur. Köle ve cariye ise böyle değildir. Çünkü efendi bunlar üzerindeki hâkimiyetine dayanarak insan öldürme yetkisine sahip değildir. Bundan dolayı bu hâkimiyetini çocuğa devretmesi, öldürmeye izin vermek anlamına gelmez. Diğer taraftan mal sahibinin emanet bırakması, kendi mülkünde yaptığı bir tasarruftur. Köle hayat hakkı bakımından aslen özgür olan insan hükmündedir. Bu nedenle emanet bırakma onu öldürmeye izin verme anlamını içermez. İzin verme ancak bu itibarla olabilir. Ancak emanet bırakan kişi "kölemi öldür" derse durum farklı olur. Çünkü bu kullanmadır. Kullanma, izin vermenin ötesinde bir şeydir. Çünkü kullanma sonucunda ödemeyi gerektiren bir durum olduğunda mal sahibi kullanandan bunu geri alır. İzin verdikten sonra ise izin veren buna razı olduğundan ödemedeki hakkı düşer. Hiç kimsenin kendisinden tahsilde bulunma hakkı olmaz. Bundan dolayı biz bu konuda şöyle dedik: "Emaneti telef eden çocuk, malın (emanet bırakan dışında) gerçek sahibine ödemede bulunduğunda, kendisine emanet bırakandan bunu geriye tahsil edemez." Ancak emanet bırakan "onu telef et" demişse o takdirde ödediğini ondan geri alır. Çünkü diğer meselede kullanmak bulunurken burada çocuğa izin vermek vardır. Bu tıpkı "dilersen bu yemeği yeme konusunda seni serbest bıraktım" demesi gibidir. Bunu dedikten sonra çocuk yemeği yese ödemez. Yemeğin gerçek sahibi gelir de çocuktan bunun bedelini alırsa çocuk kendisine bu sözü söyleyenden bir şey alamaz. Bizim meselemiz de buna benzemektedir.

Ancak Ebû Yusuf şöyle demektedir: Adamın "malı koru" demesi mutlak olarak teslim etmenin içerdiği anlamda istisna yapmak gibidir. İstisna, istisna yapanın kendisi üzerinde kendisi hakkında yaptığı bir tasarruftur. Bu nedenle [11/120]
istisnanın geçerli olmasında muhatabın durumu veya istisna yapanın muhatap üzerinde velâyetinin bulunması gerekli değildir. Bilakis emanet bırakanın istisna

yapması, koruma fiili dışındaki şeyleri izin kapsamından çıkarmaktadır. Bu durumda çocuk malı telef ederse emanet bırakanın izni olmaksızın telef etmiş olur.

Ebû Hanîfe ve Muhammed (rh.a.) ise şöyle demektedirler: İzin vermek, fiil ile olur. Bu da kişinin maldaki hâkimiyetini mutlak olarak nakletmesidir. Kişinin "malımı koru" demesi ise fiil değil, sözdür. Bununla mutlak olan fiilden istisna yapmış olmaz. Bilakis bu söz izin vermek anlamındaki fiile karşıt bir söz olur. Karşıt olması ise ancak sözün hükmen geçerli olmasından sonra olabilir. Çünkü kendine söylenilen akit ile sorumluluk yüklenmeye ehildir. Bu ise yetişkin kişi hakkında geçerli olmakla birlikte çocuk hakkında geçerli değildir. İşte bundan dolayı izin verme çocuk hakkında mutlak olarak kalır.

Bunun delili şudur; çocuk bir insanın emanet malı aldığını görse veya emanet malın yerini gösterse de diğer bir kişi emanet malı alsa bu şekilde malın kaybolması durumunda ödemez. Satıcı ise böyle bir durumda ödemekle yükümlü olur. Bundan anlaşılmaktadır ki bu sorumluluk yüklenme yetişkin kişi hakkında geçerlidir. Çocuk hakkında değil.

Buna göre; kişi kısıtlama altında bulunan bir köleye bir mal emanet etse de o köle malı telef etse, Ebû Hanîfe ve Muhammed (rh.a)'e göre köle özgür kılınıncaya kadar ödemekle yükümlü olmaz. Çünkü akdin sorumluluğu efendisi hakkında değil, kendisi hakkında geçerlidir. Ki bu da akit ile sorumluluk yüklenmektir. Ebû Yusuf (rh.a.)'a göre ise köle telef ettiği emanet mal nedeniyle derhal satılır. Çünkü emanet bırakan kişi istisna yapmakla kendisi üzerinde tasarrufta bulunmaktadır. Bu nedenle telef etme onun izni dışında meydana gelmiştir.

Eğer köle çocuk ise Ebû Hanîfe ve Muhammed (rh.a.)'e göre ne derhal ne de özgür olduktan sonra ödemesi gerekmez. Çünkü akdin sorumluluğunu yüklenmesi ne kendisi ne de efendisi hakkında geçerli değildir.

Çocuk veya kölenin ticaret yapılmasına izin verilmişse bunlar telef ettiklerini derhal öderler. Çünkü sorumluluk yüklenme hem kendileri hakkında hem de (köle açısından efendisi hakkında) geçerli olmuştur. Şöyle ki; ticaret yapmasına izin verilmiş kişi akit yaparak borç yüklenmeye ehildir. Bu nedenle yok ettikleri şeyi ödemekle yükümlü tutulurlar.

Kişi kısıtlama altındaki bir çocuğa veya kısıtlı bir köleye bir şey borç verir de o da bunu telef ederse, hükmün ne olacağı konusu da aynı şekilde ihtilaflıdır. Çünkü kişinin bunlara mal teslim etmesi, malı telef etmelerine izin vermektir. "Bunu sana borç olarak verdim" demesi ise daha önce açıkladığımız gibi emanetteki "malımı koru" sözüne denktir.

Yine kişi kısıtlama altında bulunan bir çocuğa veya köleye bir şey satar da o bu malı telef ederse hüküm yine bu ihtilaf üzeredir. Çünkü malı onlara teslim etmek telef etmeye izin vermek gibidir. Teslim edenin "sattım" sözü bunun çelişiğidir. Bu çelişik söz çocuk hakkında asla geçerli olmaz. Köle hakkında da

özgür kılınıncaya kadar geçerli olmaz. İşte bu, meselelerin kendisinden çıkarıldığı bir yoldur.

Emanet mal, çocuk ve kölenin yanında kendiliğinden telef olsa, bunlara ödeme gerekmez. Çünkü bunlardan ödemeyi gerektirecek bir fiil meydana gelmemiştir.

Köle ve cariyeyi öldürmeleri durumunda bunlar kendilerine emanet bırakılmadan önce öldürülse idi ne gerekiyorsa, öldürülmeden sonra da o gerekli olur. Çocuk köle veya cariyeyi ister kasten ister yanlışlıkla öldürmüş olsun, öldürülenin değerini çocuğun âkilesi (yakınları) üç yıl zarfında öder. Çünkü çocuğun kasıtlı fiili ile hatası birbirine eşittir. Köle de kendisine emanet edilen köle veya cariyeyi kasten öldürmüşse kısas yapılır. Yanlışlıkla öldürmüşse efendisinden köleyi öldürülenin velilerine vermesi veya fidye vererek kurtarması istenir. Efendi müdebbe[102]r ve ümmü veledin[103] değerini öder. Yani öldürülen köle ile öldüren kölenin değerinden hangisi daha az ise onu öder. Sözleşmeli köle, öldüren köle ile öldürülenin değerinden hangisi daha az ise onun borcunu ödemek için çalışır.

Emanet alanın çocuğu ve kölesinin emanet malı telef etmesi

Bir kimse, bir başka kişinin yanına emanet bıraksa da emanet alanın küçük çocuğu veya kölesi o malı telef etse telef edenin derhal onu ödemesi gerekir.

[11/121]

Çünkü emanet alanın emanet almayı kabul etmesi, bakımı altında bulunan kişilere onu koruma konusunda izin vermek anlamına gelir. Çocuk ve köleye emanet malı koruma konusunda izin verildiğinde, teleften kaynaklanan ödemekle yükümlü tutulurlar.

Emanet alanın malı başkasına vermesi konusunda ihtilaf

Bir kimse bir kişiye bin dirhem emanet bıraksa, o da bunu başkasına verse ve dirhemlerin sahibinin bunu emrettiğini iddia etse, tanık getirmedikçe sözü kabul edilmez.

İbn Ebi Leyla yeminle birlikte sözünün kabul edileceğini söylemiştir. Çünkü O'na göre emanet alan kişi onu başkasına emanet bırakabilir. Emanet alan kişi burada kendisine ödemenin gerekli olduğunu inkar etmektedir.

Biz Hanefilere göre ise emanet alan kişi malı başkasına emanet edemez. Malı ikinci bir kişiye vermesi kendisine ödemenin gerekli olmasının nedenidir. Daha sonra bu kişi kendisinden ödeme borcunu düşüren bir şeyi, yani mal sahibinin buna izin verdiğini iddia etmektedir. Bu hususta tanık getirmedikçe sözü kabul edilmez. Kişi başkasının malını alarak bunu onun izni ile yaptığını söylediğinde de tanık getirmedikçe sözü kabul edilmez.

---

[102] **Müdebber Köle:** Özgürlüğüne kavuşması efendisinin ölümüne bağlanmış bulunan erkek köle. Bu durumdaki cariyeye ise "müdebbere" denir.

[103] **Ümm-i veled / ام الولد:** Sahibinden çocuk dünyaya getiren cariyedir.

Emanet alan kişi, mal sahibinin emaneti vermesini ona emretmediğine dair yemin etmesini isteyebilir.

Çünkü mal sahibi emri verdiğini ikrar ederse, emanet alan ödemeden kurtulur. Bu yüzden mal sahibi emir verdiğini inkar ettiğinde yemin etmesi istenir. Çünkü onun yeminden kaçınması ihtimal dahilindedir.

Mal sahibi emaneti başka bir kişiye vermesini emanet alana emreder de o da, "ben onu belirtilen kişiye verdim" derse, o kişi "ben senden o malı teslim almadım" derse, mal sahibi de emanet alana "sen o malı o kişiye teslim etmedin" derse, yemin ile birlikte emanet alanın sözü kabul edilir.

Çünkü onun, mal sahibinin emrettiği kişiye malı verdiğini iddia etmesi, bizzat sahibine verdiğini iddia etmesi gibidir. Emanet alanın sözü, malın belirtilen kişiye ulaştığı konusunda değil, kendisinin ödeme sorumluluğundan kurtulması konusunda kabul edilir. Bu açıdan belirtilen kişinin malı teslim aldığına dair tanık olmadıkça onun malı ödemesi gerekli olmaz.

Emanet verenin, malın belirli bir yerde korunmasını istemesi

Mal sahibi emanet alana "malı şu odanda sakla" der de emanet alan malı evinin başka odasında saklarsa, mal telef olduğunda istihsanen kendisine ödeme gerekmez. Kıyasa göre ise ödemesi gerekir.

Çünkü o, mal sahibinin açık emrine aykırı hareket etmiştir. Bu tıpkı mal sahibinin ona "bu malı evinde sakla" dediği durumda emanet alanın malı başka evde saklayıp da malın telef olması gibidir.

İstihsan konusunda Muhammed (rh.a.) şunları söylemektedir: Mal sahibinin yalnızca bir anlam ifade eden sözleri dikkate alınır. Böyle olmayan sözleri dikkate alınmaz. Nitekim mal sahibi "bu malı sağında koru, solunda koruma" veya "bu mala sol gözünle değil, sağ gözünle bak" dese bu sözler dikkate alınmaz. Çünkü bunların bir yararı yoktur.

Durum böyle olunca şunları söyleriz:

Bir evin içindeki iki oda, koruma özelliği açısından birbirinden farklılık göstermez.

Çünkü evin tümü tek bir koruma alanıdır. Görmez misin, hırsız malı bir odadan diğerine götürse, malı koruma altında bulunduğu yerden çıkarmadıkça eli kesilmez.

Ancak iki ev, koruma özelliği bakımından birbirinden farklılık gösterir. Bu durumda mal sahibinin "bu evde koru" şeklindeki sınırlandırmasının bir yararı olmaktadır.

Çünkü her ev başlı başına bir koruma alanıdır. Görmez misin, mal sahibi emanet alana "bu malı Kûfe'den çıkarma" dese emanet alan onu Basra'ya götürse öder. Çünkü korumayı iki şehirden biri ile sınırlandırmanın bir yararı vardır.

Emanet alan kişi zorunlu bir nedenden dolayı Kûfe şehrinden Basra'ya veya başka bir yere gitse de emanet kaybolsa kendisine ödeme gerekmez.

Emanet alan kişinin malı bulunduğu şehrin dışına götürmesi

Çünkü emanet alan kişi kendi imkanları ölçüsünde emanet verenin koşullarına uymayı üstlenmiştir. Görmez misin, mal sahibi emanet alana "bu malı elinde tut. Ne gece ne de gündüz elinden bırakma" dese emanet alan da malı evine koysa ve mal telef olsa kendisine ödeme gerekmez. Çünkü mal sahibinin ileri sürdüğü koşul normal olarak insanın kudreti dahilinde değildir. Aynı şekilde emanet alanın bir beldeden başka bir yere geçmesi zorunlu olduğunda da mal sahibinin bu konudaki koşulu dikkate alınmaz. Mal telef olduğunda emanet alana ödeme gerekmez.

Bu hüküm bizim kabul ettiğimiz şu prensibe dayanmaktadır: "Emanet akdi mutlak olarak yapılmışsa emanet alan kişi emanet mal ile birlikte yolculuğa çıkabilir." [11/122]

Şâfiî (rh.a.)'ye göre ise bunu yapamaz. Çünkü bunda malı telef olmayla karşı karşıya bırakma vardır. Peygamber (s.a.v.) şöyle buyurmuştur:

حسف وَمَتَاعه وَمَالُهُ على قلت إلا مَا وَقى الله بعيى "Yolcu ve eşyası, Allah'ın korudukları müstesna, helak ile karşı karşıyadır."[104]

Emanet alan kişinin malı telef olmakla karşı karşıya bırakma hakkı yoktur. Baba, vasiyet görevlisi (vasî) ve mudârib (elde edeceği kâr karşılığı başkasının sermayesini işleten işletmeci) ise böyle değildir. Çünkü bunlar ticaret ve kâr elde etmek maksadıyla malla birlikte yolculuğa çıkabilirler. Görmez misin, belirtilen kişiler malla birlikte deniz yolculuğuna çıkabilirler. Emanet alan kişinin ise malda tasarruf ve kâr elde etme hakkı yoktur. Bu nedenle malla birlikte deniz yolculuğuna çıkamaz. Şu husus bunu açıklamaktadır: Emanet bırakan kişinin amacı, istediği zaman malına ulaşabilecek şekilde malının şehirde koruma altında olmasıdır. Emanet alan kişi malla birlikte yolculuğa çıktığında mal sahibinin amacına ulaşma imkanı ortadan kalkmaktadır.

Biz Hanefilerin bu konudaki delilleri ise şunlardır;

Mal sahibinin malı korumaya dair emri mutlaktır. Herhangi bir zamanla sınırlı olmadığı gibi, herhangi bir yerle de sınırlı değildir. Çünkü bir meselede emrine uyulan kişinin emrinin mutlak olması dikkate alınır. Dinin emirlerinde de böyledir. Emrin niteliği konusunda bütün yerler birbirine eşittir. Malın telef olması konusunda yerden değil, insanlardan korkulur. Yol güvenli olduğunda yolculukta malı korumak, şehir içinde korumak gibi olur. Resûlüllah (s.a.v.)'ın kastı bu sözü söylediği esnadaki durumu haber vermektir. Çünkü Müslümanlar o sırada, kâfirlerin çok olması nedeniyle Medine dışında güvenlikte değillerdi. Görmez misin, O (s.a.v.) daha sonra verdiği haberde şöyle demiştir:

---

[104] Aclûnî, *Keşfü'l-hafâ*, I/295, II/1286.

نوشك أن تخرج الظعينة من القادسية إلى مكة لا تخاف إلا الله تعالى و الذئب على غنمه

"Bineğine binmiş bir kadının Kâdisiyye'den Mekke'ye Allah'tan başka ve koyunları için kurttan başka hiçbir şeyden korkmaksızın yola çıkması yakındır."[105]

Mal sahibinin mutlak olan emrinin örfle ve mal sahibinin amacıyla sınırlandırılması caiz değildir. Çünkü açık ifade örften önce gelir. Mal sahibinin amacı da farklı anlamlarda anlaşılmaya uygundur. Emanet alan, mal sahibinin bulunduğu bölgeye doğru yolculuk yaparken amacı özellikle malı sahibine götürmek olabilir. Diğer taraftan kişi emanet aldı diye kendi ihtiyacı için yolculuğa çıkması imkansız duruma gelmez. Yolculuğa çıktığında emaneti ya başkasına verir ki bu durumda mal sahibinin açık ifadesini terketmiş olur. Çünkü mal sahibi ona malı bizzat kendisinin korumasını emretmiştir. Yahut da emanet alan malı kendi yanında götürür. Bu durumda da mal sahibinin amacına aykırı davranmış olur. Hiç şüphesiz ki mal sahibinin açık ifadesini göz önünde bulundurmak, onun amacını göz önünde bulundurmaktan daha önceliklidir.

Emanet malın şehir dışına çıkarılması

Bu nedenle Ebû Hanîfe (rh.a.) şöyle demiştir: Emanet alanın malı yanında götürmesi açısından; mesafenin uzak veya yakın olması ya da malın taşıma ve masrafının bulunması ile bulunmaması birbirine eşittir. Çünkü bununla mal sahibinin açık ifadesine riâyet edilmiş olur. Bu aynı zamanda Kıyasa uygun olan görüştür.

Ebû Yusuf (rh.a.) bu hususta istihsana göre hüküm vererek şöyle demiştir: "Malın yük ve masrafı varsa emanet alan bunu yolculukta yanında götüremez. Çünkü emanet alan böyle yapmakla mal sahibine malı şehre geri getirme masrafını yüklemektedir. Masrafı ona yükleme konusunda yetkiye sahip değildir."

Muhammed (rh.a.) de istihsan yolu ile hüküm vererek şöyle söylemiştir: Mesafe yakın ise yanında götürebilir. Uzaksa götüremez. Çünkü mesafe uzun olduğunda mal sahibi malını şehre geri getirmek istediğinde kendisi açısından zarar ve masraf büyük olur.

Emanet verenin, malın belirli kişilerin elinde bulunmasını yasaklaması

Bir kimse bir başkasına emanet bir mal vererek "bu malı karına, kölene, çocuğuna, işçine verme. Çünkü ben bu konuda onlara güvenmiyorum" dese emanet alan kişi mal sahibinin yasakladığı kimselere malı verse ve mal telef olsa bakılır; eğer emanet alan kişinin malı verdiği kişiden başka bir yakını veya hizmetçisi var iken ona vermeyip de mal sahibinin yasakladığı kişiye vermişse malı öder. Eğer malı bu kişilere vermekten başka çaresi yoksa ödemez.

---

[105] Buhârî, Menâkıb 25; Dârekutnî, Sünen, II/227; Taberânî, *el-Mu'cemü'l-kebîr*, II/214; Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, V/225; Ebû Nuaym, *Hilyetü'l-evliyâ*, VIII/309.

Çünkü mal sahibinin bu koşulunun bir yararı bulunmaktadır. Kişi, kendi malını teslim etme konusunda birisine güvendiği halde onun karısına güvenmeyebilir. Ancak emanet alanın bu koşula uyması imkan ölçüsünde gerekli olur. Kendisine vermesi yasaklanan kişiye vermekten başka çaresi varsa, kendisine emredilen şekilde malı koruma imkanına sahip olduğu anlaşılır. Bu durumda yasaklanan şekilde malı koruduğu için öder. Malı, yasaklanan kişiye vermekten başka çaresi yoksa imkanı ölçüsünde onu korumuş olur. Bundan fazlası onun görevi değildir. Bu nedenle ödemez.

Emanet alan kişinin, emanet malı kullanması

Bir malı emanet alan kişi o malı kullansa ve bunu ikrar da etse sonra da "mal, ben onu yerine koyduktan sonra telef oldu" dese, tanık getirmedikçe sözü kabul edilmez.

Çünkü kendisine ödemeyi gerekli kılan neden, yani malı kullanması kesin olarak bilinmektedir. O ise daha sonra ödemeyi düşüren nedenin, yani malın telef olmasından önce akde aykırı davranışı terk etmenin gerçekleştiğini iddia etmektedir. Bu hususta bir delil olmadıkça sözü kabul edilmez. Eğer malı sağlam bir şekilde yerine koyduğuna ve malın daha sonra telef olduğuna dair tanık getirirse, biz Hanefilere göre hiçbir şey ödemesi gerekmez. Çünkü tanıklar ile sabit olan şey, davalının ikrarı ile sabit olmuş gibi kabul edilir.

Kendisine emanet edilen cariye ile cinsel ilişkide bulunan kişinin durumu

Bir kimse bir başkasına cariyesini emanet bıraksa, emanet alan kişi de cariye ile cinsel ilişkide bulunsa ve cariye çocuk doğursa, çocuk cariye sahibinin kölesi olur. Emanet alan kişiye de ceza (had) gerekli olur. Çocuğun nesebi emanet alana ait olmaz.

Çünkü onun fiili tamamen zinadır. Cariyenin onun elinde emanet olması, cinsel ilişkide bulunulan kişi açısından cezayı düşüren bir şüphe oluşturmaz. Ancak emanet alan, arada nikah veya cariyeyi satın alma şüphesi bulunduğunu iddia ederse, kendisinden ceza düşer. Şüphe nedeniyle cariyenin ukr'unu (diyetini) borçlanır.

İki kişinin, bir kişiye bir mal emanet etmeleri

İki kişi, bir kişiye; dirhem, dinar, kumaş, hayvan, köle vb. bir şey emanet olarak bıraksalar, sonra onlardan biri gelerek emanet maldaki kendi payını istese ikisi bir gelmedikçe kendi payını alma hakkı yoktur. O kişi emanet alanı dâva etse, Ebû Hanîfe'ye göre hâkim emanet alana o kişinin maldaki payını kendisine vermesini emretmez. Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.)'e göre hâkim malın taksim edilmesini ve onun payının kendisine verilmesini emreder. Bu, kayıp kişi aleyhine geçerli kılınan bir taksim olmuş olmaz.

Muhammed (rh.a.)'den *"el-Emâlî"*de şu görüş aktarılmıştır: "Ebû Hanîfe (rh.a.)'nin görüşü kıyasa daha uygundur. Ebû Yusuf (rh.a.)'un görüşü ise daha çok genişlik tanımaktadır."

Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.)'in görüşlerinin dayandığı delil şudur; Emanet bırakanların her biri gerçekten kendi paylarının sahibidir. Onlardan birinin, diğerinin olmadığı bir zamanda kendi payını teslim alması imkansız değildir. Nitekim bir kişiden alacaklı olan iki kişiden birisi gelip borçludan kendi payını alabilir. Çünkü kayıp olan kişinin zararını gidermek gerektiği gibi hazır olan kişinin zararını gidermek de gerekir. Zarar her ikisinden de ancak dediğimiz gibi malın bölünmesi ve hazır olanın payının kendisine verilmesi ile ortadan kalkar. Sonra emanet alanın kayıp aleyhine yaptığı taksim geçerli olmaz. Bu nedenle kalan mal kendisinin elinde telef olsa, daha sonra da kayıp kişi gelse, bu kişi hazır olan kişinin teslim aldığına ortak olabilir. Böylelikle zararı önlenmiş olur. Bu hüküm, ölçülüp, tartılabilen şeylerde açıktır. Çünkü hazır olan kişi kendi başına diğerinin bulunmadığı durumda kendi payını teslim alabilir. Aynı şekilde emanet alan da onun payını kendisine teslim edebilir. Biz bu meselenin benzerini "kayıp kişinin malları" konusunda açıklamıştık.

Ebû Hanîfe (rh.a.)'nin görüşü Ali (r.a.)'den rivâyet edilmiştir. Bunun anlamı şudur; Emanet alan kişi, hazır olana bir şey verdiğinde verdiği şey ya emanet veren iki kişinin ortak payıdır veya yalnızca hazır olanın payıdır. Verilen payın, yalnızca hazırın payı olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Çünkü bu ancak muteber olan bir taksimden sonra olabilir. Halbuki emanet alanın, kayıp olan kişinin malını taksim etme yetkisi yoktur. Bu durumda geriye verilenin her iki kişiye ait olması şıkkı kalmaktadır. Bir kişinin malını başkasına vermek suçtur. Bu nedenle emanet alanın bunu yapma yetkisi olmadığı gibi hâkimin de emretme yetkisi yoktur. Hazır olan kişi bundan zarar görse bile, malı taksim etmeden önce emanet bırakma konusunda ortağına yardımcı olduğu için zararı yüklenmeye razı olmuştur. Üstelik o kendi payını alabilse bile, emanet alanın onun payını kendisine verme yetkisi yoktur. Görmez misin, alacaklı olan kişi emanet alandan mal sahibinin borcunu emanet maldan ödemesini istese emanet alan kişinin bunu yapması kendisine emredilmez. Ama alacaklı kişi kendi alacağı cinsinden olan şeyi ele geçirdiğinde onu alma yetkisi vardır. Bu mesele zimmetteki borçtan farklıdır. Çünkü borçlu borcunu kendi mülkünden öder. Diğer ortağın payını ödemesi, onun kendi mülkünde yaptığı bir tasarruftur. Bunda kayıp kişi aleyhine malı taksim etme yoktur. Bu nedenle ortaklardan birisi kendi alacağını istediğinde borçluya vermesi emredilir. Bizim üzerinde durduğumuz konu ise bundan farklıdır.

[11/124]

Emanet alanın, emanet malı, sahibinin elçisi olduğunu iddia eden kişiye vermesi

Kişi, bir kişiye emanet olarak dirhemler bıraksa, bir başka kişi de gelerek "dirhemleri sana emanet olarak bırakan kişi beni sana dirhemleri teslim etmen için gönderdi" dese, emanet alan da bunu doğrulayıp dirhemleri kendisine verse, dirhemler teslim alanın elinde telef olsa, sonra da dirhemlerin sahibi gelerek dirhemleri alan kişiyi kendisinin gönderdiğini inkar etse, emanet alan kişi bunları öder.

Çünkü emanet alan, emanet malı sahibinden başkasına vermiştir. Emanet alan ile parayı ondan teslim alanın birbirini doğrulamaları, mal sahibi bunu inkar ettiğinde bir şeyi ispat edemez. Bundan dolayı emanet alan dirhemleri öder.

Emanet mal, ister elçi olduğunu iddia eden kişinin elinde telef olsun, isterse bu kişi paraları sahibine ulaştırdığını iddia etsin, her iki durumda da emanet alan kişi ondan bir şey alamaz.

Çünkü emanet alan onun güvenilir bir elçi olduğunu doğrulamıştır. Onların zannına göre, dirhemlerin sahibi dirhemleri emanet alana ödettirmekle zulüm işlemiştir. Zulme uğrayan kişinin başkasına zulmetme hakkı yoktur.

Ancak teslim alınan dirhemler elçi olduğunu iddia eden kişinin elinde aynen bulunursa, emanet alan bunları kendisinden alır.

Çünkü bedelini ödemek suretiyle onlara malik olmuştur.

Emanet alan kişi, diğer kişinin elçilik iddiasını yalanlamışsa veya ne doğrulama ne de yalanlamadığı halde kendisine dirhemleri vermişse, daha sonra dirhemlerin sahibi gelerek emanet alana bunları ödettirdiğinde emanet alan kişi ödediğini, elçi olduğunu söyleyen kişiden geri alır.

Çünkü emanet alan, dirhemleri teslim ettiği kişinin emin (güvenilir) olduğunu ikrar etmemiştir. Dirhemleri ona teslim etmesi, kendisini mal sahibinin gönderdiğini ve bu teslim etme sonucunda herhangi bir tazminat ödeme borcu ile karşılaşmayacağını söylemesine binaen gerçekleşmiştir. Dirhemlerin bedelini ödemesi kendisine gerekli olunca, bu nedenle ödediğini elçiden geri alabilir.

Emanet alan kişi elçiyi doğrulayıp dirhemleri kendisine teslim etse ve elçi de malın ödeme sorumluluğunu yüklense yani "bu nedenle herhangi bir borçla karşılaşırsan ben bunu sana öderim" dese, sonra da mal sahibi gelerek emanet alana ödettirse, emanet alan ödediğini elçiden geri alabilir.

Çünkü elçi ödeme sorumluluğunu kendi üzerine almıştır. Bu, borcun gerekme nedenine dayandırılmış bir kefilliktir. Emanet alan ile onun dirhemleri verdiği kişi, mal sahibinin haksız yere ödettirdiğini ve mal sahibinin emanet alandan teslim aldığı paranın elçi üzerinde emanet alanın alacağı olduğu konusunda birleşmiştirler. Elçi, ödemenin gerekli olması nedenine dayanarak bunu ödemeyi üzerine almıştır. Bu nedenle emanet alan, mal sahibine ödediği bedeli elçiden ister.

Bir kişinin yanında emanet, âriyet veya ticaret yapmak üzere aldığı başkasına ait mal bulunsa, bir başka kişi bu malı kendisinden gasbetse, Biz Hanefilere göre bu kişi gasbedene davacı olur.

Şâfiî (rh.a.)'ye göre ise malın gerçek sahibi gelinceye kadar bu kişi ile gasbeden arasında dâvada taraf olma gerçekleşmez. Çünkü mal, sahibinin mülküdür. Malı geri alma konusunda mal sahibi veya vekili taraf (hasım) olabilir. Emanet alan ise

dâva konusunda mal sahibinin vekili değildir. Bu nedenle tıpkı yabancı bir kişi gibi emanet alan kişi malı geri alma konusunda gasbedene davacı olamaz.

Biz Hanefiler ise şöyle demekteyiz: Emanet alan kişinin emanet mal üzerinde muteber bir eli (hâkimiyeti) vardır. Gasbeden malı gasbetmekle bunu ortadan kaldırmıştır. Bu nedenle emanet alan, gasbedenin malı gasbederek kaldırdığı kendisine ait hâkimiyeti geri almak üzere taraf olabilir. Diğer taraftan emanet alan kişiye, emanet veren tarafından malı koruması emredilmiştir. Bu koruma ancak malın kendisini, mal telef olmuşsa onun maliyyetini korumak üzere değerini gasbedenden geri alarak gerçekleştirilebilir. Bundan dolayı delaleten kendisine malı geri alma konusunda emir verilmiş olmaktadır. Emanet alana dâva açma hakkını tanımak, emaneti korumayı sağlar. Çünkü gasbeden, emanet bırakanın bulunmadığı sırada emanet alanın dâvada taraf olamayacağını bilirse emaneti almaya cüret eder. Bundan dolayı emanet alan bu konuda taraf olur. [11/125]

Bir malın iki kişiye emanet bırakılması

Kumaş vb. bir mal iki kişinin elinde emanet bulunsa, bunlar emanet malı bölerek her biri yarısını kendi evinde korusa ve bunlardan biri veya her ikisi telef olsa ikisine de ödeme gerekmez.

İnsanların durumları böyledir. Daha önce açıkladığımız gibi emanet alan kişi, emaneti ancak kendi imkanları ölçüsünde koruma borcunu yüklendiğinden, her iki kişi emaneti korumak için devamlı bir arada bulunamazlar. Bilinmektedir ki bu iki kişinin bütün işlerini güçlerini bırakıp emaneti korumak için bir araya gelmeleri mümkün değildir. Mal sahibi bunu bilerek malı emanet ettiğine göre emanetin bölünmesine ve her birinin onun yarısını korumasına delaleten razı olmuş olur. *Delalet ile sabit olan şey nass (delil) ile sabit olan gibidir.*

Emanet alan iki kişi, emanet malı taksim etmekten kaçınarak tümünü bir başka kişiye emanet ederler ve mal da onun yanında telef olursa, yüklendikleri koruma yükümlülüğünü yerine getirmedikleri için malı öderler.

Başkası adına ticaret yapmak üzere mal teslim alan iki kişi, iki vasiyet görevlisi (vasî), rehni elinde bulunduran iki adil kişi de bu hususta iki emanetçiye kıyas edilir.

Bu iki kişiden birisi malı diğerinin yanında bırakırsa; mal eğer bölünemeyen şeylerden ise telef olduğunda onların hiçbirine ödeme gerekmez.

Çünkü mal sahibi malı onlara emanet olarak bıraktığında onların malı korumak üzere gece gündüz sürekli bir arada bulunamayacaklarını bildiğinden, onlardan yalnız birisinin bütün malı korumasına razı olmuş olur. Görmez misin, onlar malı nöbetleşe olarak korurlar. Nöbet sırasında her birisi malı diğerinin yanında bırakır.

Emanet bırakılan mal bölünebilen şeylerden olur da emanet alan iki kişiden birisi malı diğerinin yanında bırakırsa, mal telef olduğunda onu elinde bulunduran kişiye ödeme gerekmez.

Çünkü o, malı korumaya devam etmektedir. Bu kişi arkadaşının koruması gereken pay konusunda, emanetçinin emanetçisi konumundadır.

Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre emanetçinin emanetçisi ödemekle yükümlü olmaz. Koruması gereken payı diğerine teslim eden kişi ise yarısını öder.

Çünkü o, üstlendiği koruma görevini yerine getirme imkanına sahip olduğu durumda terketmiştir. Çünkü emanetçiler, her birisi yarısını korumak üzere malı bölme imkanına sahiptirler.

Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.)'e göre koruması gereken payı diğer emanetçiye teslim eden kişi hiçbir şey ödemez.

Çünkü emanet bırakan kişi iki emanetçiye güvenip malı teslim etmekle, tıpkı bölünemeyen malda olduğu gibi her ikisinin de tek başına malın tümünü korumasına razı olmuş olur.

Ebû Hanîfe'nin görüşü kıyasa daha uygundur. Çünkü mal sahibinin iki kişinin emanetine razı olması, onlardan yalnız birinin emanetine razı olması anlamına gelmez. Âdeten onların malı ayrı ayrı korumaları mümkün olduğu için mal sahibi onlardan birinin bütün malı korumasına razı olmamıştır.

Olağanüstü durumlarda emanetin başkasına teslim edilmesinin hükmü

Kendisine emanet mal bırakılan bir kişinin evi yanar da emanet malı kendi eşyası ile birlikte çıkarır ve komşusunun evine koyarsa, mal telef olduğunda kıyasa göre öder.

Çünkü emanet alan, malı başkasına teslim etmekle, üstlenmiş olduğu koruma görevini terketmiş olur. Özür sahibi olması kendisinden günahı kaldırmakla birlikte, mal sahibinin ödeme konusundaki hakkını ortadan kaldırmaz.

İstihsana göre ise bu kişiye ödeme gerekmez.

Çünkü böyle durumlarda bunun dışında yapılabilecek bir şey yoktur. Diğer taraftan bu gibi durumlarda malı komşusunun evine koyması malı korumaktır. Çünkü bununla emanet malın yangından kurtarılması amaçlanır. Görmez misin, emanet alan kişi emanet malı kendi malını koruduğu gibi korur. Kişi böyle durumlarda kendi malını belirttiğimiz şekilde korur. Kişi bir gemide olsa da gemi batsa, emanet alan kişi vediayı tutunduğu bir tahta üzerinde bir kişiye uzatarak verse hiç öder mi? [11/126]

Emanet alan kişinin, emanet mal için yaptığı harcamaların hükmü

Bir kişinin elinde emanet olarak deve, sığır veya koyun olur da sahibi kayıp olursa; emanet alan kişi hâkimin emri olmaksızın bunlara kendi malından harcama yaparsa hayrına yapmış (kendi hesabından harcama yapmış) olur.

Çünkü başkasının malına onun emri olmaksızın harcama yapmakla bağışta bulunmuştur.

Emanet alan kişi, bu durumu mahkemeye taşıdığında hâkim ondan, malların kendisine emanet bırakıldığına dair tanık getirmesini ister.

Çünkü hâkimin harcamayı emretme yetkisinin sabit olduğunu iddia etmektedir. Tanık getirmedikçe hâkim onun sözünü kabul etmez.

Şayet hayvanların belirli bir kişiye ait olup kendi elinde emanet olarak bulunduğuna dair tanık getirirse hâkim kendisinin takdir edeceği miktarda bunlara harcama yapmasını emreder.

Çünkü emanet alan kişiye malı koruyup gözetmesi emredilmiştir. Hayvan, kendisine harcama yapılmaksızın hayatta kalamaz. Emanet alan hâkimin emri olmadıkça bunlara harcama yapamaz. Çünkü emanet alan bu hayvanlara yaptığı harcama ile bağışta bulunmaya razı olmamaktadır. Bu nedenle hâkim kayıp olan kişiyi kollama bakımından hayvanlara harcama yapmasını emanetçiye emreder.

Yapılan harcama mal sahibinin zimmetinde bir borç olur.

Çünkü hâkimin velâyetinin bulunduğu durumda verdiği emir bizzat mal sahibinin emri gibidir. Mal sahibi emanetçiye harcama yapmasını emretse onun yaptığı harcama mal sahibi üzerine borç olur. Hâkim emrettiğinde de böyle olur.

Kayıp olan mal sahibi geldiğinde hâkim, emanet alanın yaptığı harcamayı ödemesi için onu zorlar.

Hâkimin, emanet malı satması için emanet alana izin vermesi

Hâkim bir malı emanet olarak elinde bulunduran kişiye emanet malı satmasını emretmeyi uygun görürse satmasını emreder. Bu durumda emaneti elinde bulunduranın yaptığı satış geçerli olur.

Çünkü harcama yapmayı emretmek, emanet malın maliyyetinin bir kısmını mal sahibi aleyhine telef etmek anlamına gelir. Satışta ise onun malının maliyyetini bütünüyle koruma sağlanmış olmaktadır. Bundan dolayı emanetçinin hâkimin emriyle yaptığı satış geçerli olur.

Emanet alan kişi durumu hâkime haber vermese, elinde bozulmasından korkulacak derecede bol miktarda süt birikmiş olsa yahut da elinde emanet olan arazinin meyveleri birikmiş olsa hâkimin emri olmaksızın bunları satarsa bakılır; şehirde olup da hâkimin görüşünü alma imkanı var idiyse bunu öder. Eğer bunu hâkimin emri ile satmışsa ödemez.

Çünkü hâkim kayıp kişinin haklarını koruma hususunda onun yerini almaktadır. Emanet malın sahibinin görüşünü alma imkanı bulunmakla birlikte emanetçi bunu yapmadan maldan elde edilen ürünleri satsa satışı geçerli olmaz. Bunu öder. Aynı şekilde hâkimin görüşünü alma imkanı olup da buna başvurmadığı zaman da durum aynı olur.

Ancak emanet maldan elde edilen ürün bozulmadan önce hâkime haber vermek mümkün olmuyorsa istihsana göre ödemez.

Emanet malda, emanet alanın fiiliyle oluşan fazlalık ve gelirlerin hükmü

Çünkü bu durumda o, ürünleri koruma maksadıyla yapılmıştır. Bundan başkası elinden gelmemektedir.

Hikaye edildiğine göre Muhammed (rh.a.)'in talebeleri (rh.a.) hacca giderken onların yol arkadaşlarından birisi yolda öldü. Arkadaşları onun malını satarak bunun bedeli ile techiz ve tekfin işlemini yaptılar. Sonra da Muhammed (rh.a.)'in yanına döndüklerinde bu durumu kendisine sordular. Muhammed (rh.a.) şu şekilde cevap verdi: "Böyle yapmasaydınız fakih (fıkıh bilgini) olamazdınız. Allah bozguncu ile düzelteni bilir."

Elinde emanet hayvanlar bulunan kişi, hayvanların sahibi emretmediği durumda bir dişi hayvanı erkekle birleştirir de bundan yavrular meydana gelirse, yavrular mal sahibine ait olur.

Çünkü yavru malın aslından doğan, asla sahip olmakla sahip olunan bir fazlalıktır.

Bu işlem sonucu anne hayvanlar ölürse emanet alan kişi onları öder.

Çünkü o, kendisine emredilmeyen bir şeyi yapmakla emanet akdine aykırı davranmış olur. Bu aykırılık nedeniyle telef olan şeyi öder.

Elinde emanet bir deve bulunan kişi, deveyi Mekke'ye kadar kiraya verir de kira bedelini alırsa bu bedel kendisinin olur.

Çünkü bu bedel, onun yaptığı akitle gerekli olmuştur. Hayvandan elde edilen gelir; yavru, yün ve süt gibi değildir. Çünkü bunlar asıl maldan doğarlar, asıl mala sahip olmakla sahip olunurlar. Maldan elde edilen gelir ise malın kendisinden doğmamaktadır. Bilakis o, akitle gerekli olmuştur. Bundan dolayı akdi yapana ait olur. Biz bunun benzerini "gasp" konusunda açıklamıştık. [11/127]

Emanet alan kişi, emanet verenin emri ile emanet malı (vediayı) mal sahibinin bakımında olan kişiler için harcadığını iddia eder ve mal sahibinin bakımında olanlar onu doğrulamakla birlikte mal sahibi "ben bunu sana emretmedim" derse, yeminle birlikte mal sahibinin sözü kabul edilir.

Elinde emanet mal bulunan kişinin bu malı, mal sahibinin bakımında olan kişiler için harcaması

Çünkü emanet alan, emanet mal üzerinde ödemeyi gerektiren bir tasarrufta – ki bu da emanet malı harcamaktır- bulunmuş ve kendisinden ödemeyi kaldıran bir şeyi yani mal sahibinin izin verdiğini iddia etmiştir. Tanıklar olmadıkça sözü kabul edilmez. Emanet alan buna dair tanık getiremediğinde yeminle birlikte mal sahibinin sözü kabul edilir. Çünkü mal sahibi inkarcı konumundadır

Aynı şekilde emanet alan kişi, mal sahibinin emanet malı fakirlere sadaka olarak vermeyi veya belirli bir kişiye hibe etmeyi em ettiğini iddia etse, tanıklar olmadıkça sözü kabul edilmez.

Emanet bırakılan cariyeyi evlendirmek

Bir kimseye emanet olarak bir cariye bırakılmış olsa, emanet alan onu bir kişiyle evlendirerek ukr'unu (mehrini) alsa, sonra da cariye doğum yapsa ve bu doğum nedeni ile değerinde azalma meydana gelse, daha sonra cariyenin efendisi gelse, cariyesini ve çocuğunu alarak nikahı bozma hakkı vardır.

Çünkü emanet alan bu nikahı efendinin izni olmadan yapmıştır. Bundan dolayı nikahın geçerli olması efendinin onayına bağlıdır.

Efendi nikahı bozduğunda cariyenin ukr'unu alır.

Çünkü cinsel birleşme nedeni ile kocanın elde ettiği şey, malın bir parçası hükmündedir. Ukr da erş[106] gibidir. Kira bedelinin aksine maldan doğmuş sayılır.

Doğum nedeniyle cariyenin değerinde bir eksilme meydana gelmiş ve doğan çocuğun değeri de bu noksanı kapatmaya yeterli olmuyorsa emanet alan meydana gelen eksilmeyi öder. Eğer çocuğun değeri cariyenin değerinde meydana gelen noksanı kapatıyorsa, noksan bununla giderilir.

Çünkü emanet alan yaptığı fiille gasbeden konumuna geçmiştir. Biz gasbeden hakkındaki hükmün bu olduğunu daha önce açıklamıştık.

Cariyenin değerindeki azalma, doğumdan değil de kocası ile birleşmesi nedeni ile meydana gelmişse emanet alan bunu öder.

Çünkü o, kocanın cariye ile ilişkide bulunmasına imkan vermiştir. Yaptığı bu fiille gasbeden konumuna düşmüştür. Çocuk ancak doğum nedeni ile meydana gelen eksilmenin telafisi olabilir. Çünkü eksilme ve fazlalığın nedeni birdir. Halbuki başka bir nedenle meydana gelen eksilmede aynı durum söz konusu değildir.

Emanet alan çocuğu telef etmişse onun değerini öder.

Çünkü gasp esnasında doğan çocuğun gasbedenin elinde emanet olması gibi bu çocuk da emanet alanın elinde emanettir. Bundan dolayı telef olunca değerini öder. Sonra doğum nedeniyle meydana gelen eksilmeyi giderme bakımından çocuğun değerini geri vermek, kendisini geri vermek gibidir.

Bir cariyeyi emanet alan iki kişiden birinin, cariyeyi satması

Bir kimse iki kişiye bir cariye emanet etse, emanet alanlardan birisi cariyenin kendi elinde bulunan yarısını satsa, alıcı cariye ile cinsel ilişkide bulunsa ve cariye bundan bir çocuk dünyaya getirse, cariyenin sahibi geldiğinde; cariyeyi, ukr'unu ve çocuğun değerini alır.

---

[106] **Erş /** الأرش Sözlükte; bedel, rüşvet, fesat, husumet gibi anlamlara gelir. İslâm ceza hukukunda ise; şahıs aleyhine işlenen ve ölümle sonuçlanmayan yaralama ve sakat bırakmalarda, mağdûra ödenmesi gereken mali karşılık (diyet) demektir. Kesilen ve yaralanan organlara mahsus olup miktarı şer'an belirlenmiş olan erşe "erş-i mukadder"; vücutta ve yüzde iz bırakan yaralara ait olup miktarı belirlenmemiş olan diyetlere ise "erş-i ğayr-i mukadder" denir.

Çünkü cariyeden çocuk sahibi olan kişi aldatılmıştır. Cariyeyi ümmü veled kılmanın geçerli olması bakımından, cariyenin yarısına sahip olmak tümüne sahip olması gibidir. Eğer görünüşte cariyenin bütününde mülkiyet onu satan kişiye ait olsaydı, bununla aldatma meydana gelmiş olurdu, yarısında olduğunda da durum böyledir. Aldatılan kişinin çocuğu değeri ödenmek suretiyle özgür olur. Sonra doğum nedeni ile meydana gelen eksilmeyi giderme bakımından çocuğun değerini vermek kendisini vermek gibidir.

Çocuğun değeri doğum nedeni ile cariyenin değerinde meydana gelen azalmayı karşılamaya yeterli olmuyorsa cariyenin sahibi eksilmenin tümünü cariyeyi satın alan kişiden alır.

Çünkü alıcı, cariyenin sahibi açısından onu gasbeden hükmündedir. Bu nedenle kendi elinde meydana gelen eksilmeyi öder.

Sonra alıcı cariyenin bedeli ile çocuğun değerinin yarısını satıcıdan geri alır.

Çünkü satıcı cariyenin yalnızca yarısını kendisine mülk edindirmiştir. Eğer cariyenin tümünü mülk edindirmiş olsaydı cariyenin gerçekte başkasına ait olduğu ortaya çıktığında, alıcı çocuğun değerinin tümünü ondan geri alırdı. Çünkü parça, bütüne kıyas edilir. Alıcının cariyenin bedelini almasının nedeni, malın gerçekte başkasına ait olmasından dolayı satışın kaldırılmış olmasıdır.

Cariyenin sahibi dilerse noksanın yarısını satıcıya ödettirir.

Çünkü o, cariyenin yarısı konusunda emin idi. Satmak ve teslim etmek suretiyle tecavüzde bulunmuştur. Görmez misin, cariye telef olsaydı efendisi satıcıya onun değerinin yarısını ödettirebilirdi. Cariyenin bir parçası doğum nedeni ile yitirildiğinde de böyledir. **[11/128]**

Eğer cariyenin bu gelen kişiye ait olduğu yalnızca iki emanetçinin ifadesi ile biliniyorsa, onların bu konudaki tanıklığı kabul edilmez.

Çünkü onlardan cariyeyi satan kişi sözünde çelişkiye düşmüştür. Diğerine gelince, cariyeyi ümmü veled yapan kişi ödemek suretiyle onun payını da mülk edinmiştir. Cariyeyi ümmü veled yapan kişinin sabit olan mülkünü geçersiz kılma hususunda, ikisinin tanıklığı kabul edilmez.

Bu durumda cariye görünüşe göre alıcının ümmü veledidir.

Alıcı, cariyenin değerinin yarısını ve ukr'un yarısını kendisine cariyeyi satan kişinin ortağına öder. O da ortağına verir. Nitekim iki ortağa ait olup da birisi tarafından ümmü veled yapılan cariye hususunda da hüküm bu şekildedir.

Eğer "alıcı nasıl olur da burada diğer ortağa cariyenin değerinin yarısını ödemektedir? Halbuki o, bu satışı kabul etmemekte ve cariyenin başkasının mülkü olduğunu iddia etmektedir" denilirse buna şu şekilde cevap veririz: Evet böyledir.

Ancak cariye alıcının ümmü veledi olunca, bu ortak dinen iddiasında yalanlanmış olur. Bu nedenle onun iddiası geçersiz olur.

Emanet mal alanın, emaneti inkar ettikten sonra bu malı, sahibine emanet bırakması

Kendisine emanet mal bırakılan kişi, kendisinde emanet mal bulunduğunu inkar eder, sonra da o malın dengi bir şeyi, kendisine emanet veren kişinin yanına emanet olarak bırakırsa, diğer kişi kendi malı yerine kısas olarak bu mala el koyabilir.

Çünkü emanet alan kişi emaneti inkar ettiğinde mal, sahibinin alacağı olarak inkarcının zimmetinde bulunmaktadır. *Alacaklı, borçlunun mallarından kendi hakkı ile aynı cinsten olan bir şey ele geçirdiğinde bunu alma hakkına sahip olur.* Bunun delili Resûlüllah (s.a.v.)'ın Hind'e söylediği şu sözdür:

خُذِي مِنْ مَالِ أَبِي سُفْيَانَ مَا يَكْفِيكِ وَوَلَدَكِ بِالْمَعْرُوفِ

"Ebû Süfyan'ın malından örfe göre sana ve çocuğuna yeterli olacak miktarda al."[107]

Yine Peygamber (s.a.v.)'in

لِصَاحِبِ الْحَقِّ : الْيَدُ وَاللِّسَانُ

"Hak sahibinin el ve dili vardır"[108]

hadisinin yorumu ile ilgili şu söylenmiştir: "Bununla kastedilen, kendi hakkı cinsinden bir şeyi ele geçirdiğinde onu alma hakkı vardır." Yine bir mal, kişinin zimmetinde borç olsa da o bunu inkar etse, daha sonra alacaklının yanına bu malın mislini emanet olarak bıraksa alacaklı bu mala el koyabilir.

Bu kişi, emanet bırakanın hakkı cinsinden olmayan bir şeyi onun yanına emanet olarak bıraksa, ona el koyması caiz olmaz.

Çünkü cinsler farklı olduğunda bu satış anlamına gelir. Bu kişi tek başına bunu gerçekleştiremez. İlk mesele (cinslerin aynı olduğu durum) ise hakkını almadır. *Hak sahibi hakkını alma konusunda tek başına hareket edebilir.*

İbn Ebi Leyla (rh.a.)'dan hikaye edildiğine göre her iki durumda da mallar, mal olma niteliği açısından eşit olduğundan hak sahibi buna el koyabilir. Ancak bu görüş gerçeğe oldukça uzaktır. Çünkü emanet mal ayndır. Hak sahibi aynı mülk edinme hakkına sahip olmadığında, maliyet niteliğine itibar ederek o mala el koyamaz. Rehnedilen şeyin hükmü bununla çelişmez. Çünkü o meselede rehin veren, kendi mülkü üzerindeki yed (hâkimiyet) mülkiyetini rehin alana vermekle, rehin alan malı hapsetme hakkına sahip olmaktadır. Malın telef olması durumunda rehnin mal olma niteliği itibarıyla alacağını almış olmaktadır.

---

[107] Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, VI/39; Buhârî, Buyû' 95; Müslim, Akdiye 7; Ebû Dâvûd, Buyû' 79; Nesâî, Âdâbü'l-kuzât 31; İbn Mâce, Ticârât 65; İbn Hibbân, *Sahih*, X/68; Zeyleî, *Nasbu'r-râye*, III/275.

[108] İbn Mâce, Sadakât 17; Darekutnî, *Sünen*, IV/232; Zeyleî, *Nasbu'r-râye*, IV/217.

Cinsler bir olduğunda emanet bırakan ikinci kişi ilkinin yemin etmesini isterse, ilk kişi "vallahi benim sana bir şey teslim etmem gerekli değildir" diye yemin edebilir. Eğer ilk olarak emanet bırakan kişi hâkime "şu malı bana emanet bırakmadı diye Allah adına yemin ettir" derse bunu yapma hakkına sahiptir. Ancak dâvalı bunu yerine getirerek "bir kişi başkasına bir şey emanet bıraktığı durumda, emanet alanın ona birşey teslim etmesi gerekmeyebilir" derse hâkimden kendisini kollamasını ve kendisinin bu konudaki isteğine cevap vermesini istemiş olur. Bunu anmazsa hâkim tarafın talep ettiği şekilde "Allah adına andolsun ki o, bana iddia ettiği şeyi emanet bırakmamıştır" diye yemin ettirir. Onun bu şekilde yemin etmesi uygun olmaz. Çünkü böyle yemin ederse yemininde yalancı olmuş olur. Yalan yemine izin verilmemiştir. Bundan kurtulmanın yolu, hâkime belirttiğimiz şeyi arzetmesidir veya "şu, şu hariç sen bana hiçbir şey emanet bırakmadın" diyerek, sözünde istisna yaparak bunu hasmından ve hâkimden gizleyerek yemin etmesidir. Bunu yapması caizdir. Çünkü o kendisinden zararı def etmek isteyen, başkasına zarar vermek istemeyen, haksızlığa uğramış bir kişidir. Ancak yalnızca onun niyeti bunun için yeterli olmaz. Çünkü o, istisna yapılmaması durumunda sözünün kapsamına girecek şeylerden bunu çıkarmaya ihtiyaç duyar. Bu ise niyetle gerçekleşmez. Çünkü istisna yapmak, sözün, istisna edilen şeyler dışındakileri ifade ettiğini gösterir. Bu ise ancak sözü ortadan kaldıran veya karşıt olan bir şey ile olur. Yalnızca niyet etmek bunun için yeterli olmaz. Bu nedenle istisnayı sözle ifade etmek koşul konulmuştur. Bunun yolu bir kişinin kulağını onun ağzına yaklaştırarak söylediğini işitmesi ve anlamasıdır. [11/129]

Emanet mal bırakan kişi ortadan kaybolur da hayatta olup olmadığı bilinmezse, kesin olarak öldüğünü öğreninceye kadar emanet alan kişinin emaneti elinde tutması gerekir.

Emanet mal bırakan kişinin ortadan kaybolması

Çünkü emanetçi malı koruma görevini üstlenmiştir. Üstlendiği göreve sadakat göstermesi gerekir. Nitekim Resûlüllah (s.a.v.) sözleşmeler konusunda

وفاءٌ لا عذْر فيه

"gadretmeksizin, hakkıyla yerine getirmek üzere" derdi.[109] Lukata (buluntu mal) bundan farklıdır. Çünkü bulan kişi mal sahibini bilmemektedir. Malı ilan ettikten sonra onu sadaka olarak vermek sadaka sevabının mal sahibine ulaşmasının yoludur. Bizim meselemizde ise mal sahibi bilinmektedir. Bu malın sahibine ulaşmasının yolu mal sahibi gelinceye veya öldüğü ortaya çıkıp da mirasçılar malı isteyince bunu kendilerine verinceye kadar malı korumaktır.

[109] İbn Ebû Şeybe, *Musannef*, VI/512; Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, IV/111; Ebû Dâvûd, Cihâh 164; Tirmizî, Siyer 27; İbn Hibbân, *Sahih*, XI/215; Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, IX/231.

Emanet alan kişinin ölmesi

Bir kişi borçlu olduğu durumda ölse ve elinde de emanet, mudarebe malı ve başkası adına ticaret yapmak üzere alınmış mal (bidâa[110]) bulunsa bakılır; eğer hangi malların hangi işte kullanıldığı bilinmekteyse o malların sahipleri o mallar üzerinde diğer alacaklılardan daha fazla hak sahibidir.

Çünkü alacaklıların hakkı borçlunun ölümünden sonra borçlunun malına geçer. Başkalarının malına degil. Bu malların sahipleri borçlu hayatta iken diğer alacaklılardan daha fazla bu mallar üzerinde hak sahibi oldukları gibi, borçlunun ölümünden sonra da daha fazla hak sahibi olurlar.

Eğer hangi malın kime ait olduğu bilinmiyorsa, var olan mallar bu alacaklılar arasında paylarına göre bölüştürülür.

Biz Hanefilere göre bu durumda; emanet mal, mudarebe malı ve ticaret yapmak üzere verilmiş olan malın sahipleri, diğer alacaklılar ile aynı konumdadır. İbn Ebi Leyla'ya göre diğer alacaklılar ölenin terekesinin bütünü üzerinde bunlardan daha fazla hak sahibidir.

Emanet alan kişinin, elindeki emaneti belirtmeden ölmesi

Bu meselenin aslı şuna dayanmaktadır: Emanet alan kişi, elinde bulunan emaneti belirtmeksizin ölürse biz Hanefilere göre emanet onun terekesinde borç olur.

Çünkü ölen kişi bunu belirtmemekle bir anlamda o malı mülkiyetine geçirmiştir. Bilinmeyen zilyetlik, ölümle birlikte mülk zilyetliğine dönüşür. Bu konuda yapılan tanıklık, mülkiyet konusunda yapılmış gibi olur. Bu nedenle hâkim; mirasçı ve emanet bırakan lehine malın mülk edindirilmesine (temlik edilmesine) hükmeder. Ölen kişi böylelikle ödemekle yükümlü olmuş olur. Diğer taraftan bu kişi emaneti bildirmemekle diğer alacaklılarını ve mirasçılarını bu malı almaya yönlendirmiş olmaktadır. Emanet alan bu tür yönlendirme nedeniyle ödeme yükümlüsü olur. Nitekim emanet alan, bir hırsıza emanet malın çalınması konusunda yol gösterse aynı şekilde ödemekle yükümlü olur. Öte yandan emanet alan emaneti yerine getirmeyi yüklenmiştir. Ölüm esnasında emaneti açıklamak ve sahibine istediğinde geri vermek, onu yerine getirme kapsamına dahildir. Nasıl ki mal sahibi istediğinde geri vermemekle ödeme yükümlüsü oluyorsa, ölüm esnasında emaneti açıklamamakla da ödeme yükümlüsü olur.

İbn Ebi Leyla ise şöyle demektedir: Bütün bunlar ölüm esnasında malın var olduğunun bilinmesi durumundadır. Halbuki bu bilinmemektedir.

Biz Hanefiler ise şöyle demekteyiz: Emanetin varlığını devam ettirdiğini bilmekteyiz. *Aksi ortaya çıkıncaya kadar bilinen şeyi esas almak gerekir.* İbn Ebi

---

[110] **İbda'** / الإبضاع: Bir kimsenin kârı tamamen kendisine ait olmak üzere başkasına sermaye vermesidir. Bu sermayeye "bidâa / البضاعة" bunu veren kimseye "mubdi' / مبضع" bunu alan kişiye de "müstebdi' / مستبضع" denir. Bu durumda kârın tamamı sermaye sahibine ait olur. Bir şahsa kârın tamamı ona ait olmak üzere sermaye vermek suretiyle yapılan akit ise bir "karz" muamelesidir.

Leyla şöyle diyebilir: "Alacaklıların hakkı ölenin zimmetinde idi. Onun ölümü ile malına geçmiştir. Emanet sahiplerinin hakkı ise o kişinin hayatında iken onun zimmetinde değildi. Bu durumda ölümünden sonra emanet sahipleri diğer alacaklılara dahil olabilirler?." Biz ise şöyle demekteyiz: Ölen tarafından emanetin açıklanması umudu kalmadığında, emanet sahiplerinin hakkı da onun zimmetine geçen bir borca dönüşür. Emanet sahiplerinin hakkı bir açıdan diğer alacaklıların hakkından daha kuvvetlidir. Çünkü biz hakkın, doğrudan emanet alanın elindeki malda olduğunu bilmekteyiz. Rehin alanın, rehin aldığı mal üzerinde sahip olduğu hak gibi, mal üzerinde hak sahibi olan kişi, diğer alacaklılardan daha önce gelir. Emanet sahibi, diğer alacaklılardan üstün olmayı hak etmese bile, en azından onlara bu hususta ortak olur. [11/130]

Emanet alan, malı kendisine emanet bırakana geri verse sonra da başka bir kişi malın kendisine ait olduğuna dair tanık getirse ve hepsi hâkimin huzuruna gelseler emanet alana ödeme gerekmez.

Çünkü aldığı kimseye malı geri vermekle, onun malı teslim alması ortadan kalkmıştır. Bundan sonra kendisi hakkında hüküm devam etmez. Malı geri vermekle daha önceden malı teslim almasının ortadan kalktığı duyular bakımından açık olarak anlaşılabilir. Hüküm açısından da böyledir. Çünkü dinen ona, mal sahibi bulunmadığı durumda malı kendisinden aldığı kişiye geri vermesi emredilmiştir. Görmez misin, malı emanet eden kişinin malı gasbettiği bilinse, mal sahibinin bulunmadığı durumda emanetçiden malı kendisine geri vermesini istese hâkim emanet alan kişiyi malı ona geri vermekle yükümlü tutar.

Aynı şekilde hırsızlık veya gasp yolu ile elde edilip de bir kişiye emanet edilen bir malı, emanetçi kişi aldığı kişiye geri vermekle kendi fiilinin hükmünü ortadan kaldırmış olur. Mal sahibinin ona yönelik bir hakkı kalmaz.

Çünkü kendisine ödemenin gerekli olması mal sahibinin mal üzerindeki hâkimiyetini ortadan kaldırması nedeniyledir. Çünkü malı teslim almakla mal sahibinin ilk kişiden malı doğrudan geri alma imkanı ortadan kalkmış olmaktadır. Emanetçi malı ilk kişiye geri verdiğinde ise bu durum ortadan kalkmaktadır.

Yine emanet alan kişi tasarrufları kısıtlanmış bir çocuk ya da köle olduğunda da durum bu şekildedir.

Emanet malın sahibi çocuk veya köle olduğunda da böyledir.

Çünkü emanet alan bakımından ödemeyi ortadan kaldıran şey malı kimden aldı ise onu geri vermesidir. Çocuk ve köle de bunu gerçekleştirebilir.

Emanet mal bırakılan kişinin ödemekle yükümlü olduğu durumlar

Kendisine emanet mal bırakılan kişi, emanet verenin emri ile malı bir kişiye verse, satsa veya hibe edip teslim etse, sonra da malın başkasına ait

olduğu ortaya çıksa, malın gerçek sahibi malını, emanet bırakılan kişiye ödettirebilir.

Çünkü emanetçi, malı teslim aldığı kişiye onu geri vermemiş ve emanet alma fiilini ortadan kaldırmamıştır. Emanet malı, emanet bırakandan başkasına teslim etmiştir. Emanet bırakanın emri olmadan bunu yapması nedeniyle ödeme gerekli olur. Malın gerçek sahibinin ortaya çıkması ile emanet verenin emrinin muteber olmadığı ortaya çıkmıştır. Bu nedenle önceki meselenin aksine burada emanet alan ödemekle yükümlü olmuştur. Önceki meselede emanet alan, malı kimden aldı ise ona geri vermiştir. Bunu yapması onun fiilini ortadan kaldırmaktadır.

Kölenin bıraktığı emanet malın hükmü

Bir köle bir kişiye emanet olarak bir şey bırakıp sonra ortadan kaybolsa; bu köle gerek ticaret yapmasına izin verilmiş olsun, gerekse tasarrufları kısıtlanmış olsun, efendisi emanet malı geri alamaz.

Çünkü emanet alan, efendiden bir şey teslim almamıştır. Ayrıca efendinin bu malı alma yetkisinin bulunması için iki koşulun bulunması gerekir:

Birincisi; bu malı emanet bırakan köle üzerinde şu an mülkiyetinin bulunuyor olması,

İkincisi; malı emanet bırakanın zimmetinin başka bir kişiye olan borç ile dolu olmaması, çünkü kölenin kendi kazancındaki borcu efendinin hakkından önce gelir.

Bir malı emanet bırakan kişinin ölmesi

Kölenin efendisi bu iki koşulu mahkeme kanalıyla emanet alan kişiye karşı ispatlayamaz. Ayrıca yalnızca emanet malın, kölenin kazancı olduğu bilinirse efendi onu almaya yetkili olabilir. Bu ise bilinmemektedir. Bu mal kölenin elinde başkasına ait bir emanet olabilir. Muhammed (rh.a.) bu meseleyi daha önce geçen şu hususu açıklamak için anmıştır: "Emanet alan kişi emanet malı, kendisinden teslim aldığı kişiye geri vermiştir. Mal sahibi, malının kendisine geri verilmesini ondan isteyemez. Bu meselede emanet alan kişi, kölenin hazır bulunması durumunda malı ona vermesi gereklidir. Kölenin efendisine vermesi kendisine gerekli değildir."

Emanet bırakılan malın sahibi ölünce mirasçılar bu malı mahkeme kanalıyla emanet alan kişiden isteyebilirler.

Çünkü mirasçı, miras bırakanın halefi ve ölümünden sonra onun yerine geçen kişidir.

[11/131]

Ölen kişinin borcu olur da aynı zamanda vasiyet görevlisi (vasîsi) de bulunursa emanet alan kişinin, malı (mirasçılara değil) vasîye teslim etmesi gerekir.

Çünkü vasî, kişinin ölümünden sonra onun yerine geçmiştir. Mirasçı ise ancak terekenin borçlardan uzak olması koşuluna bağlı olarak miras bırakanın halefi olabilir. Çünkü alacaklıların hakkı mirasçıların hakkından önce gelir. Bu nedenle

emanet alan kişi malı satıp, ölenin borçlarını ödemek üzere vasîye verebilir. Sonra kalan mal mirasçılara verilir.

Bir malın iki kişiye emanet edilmesi

Köle, hayvan veya kumaş gibi mallar iki kişinin yanına emanet olarak bırakılsa, bu iki kişi emaneti sırayla korurlar. Onlardan her biri emanet malı, bir ay boyunca kendi yanında tutar.

Çünkü onların malı korumak üzere gece gündüz sürekli bir arada bulunmaları düşünülemez. Ayrıca onlar kendilerine ait bölünemeyen malı bu şekilde korurlar. Bölünmesi mümkün olmayan emanet malı da böyle korumaları gerekir. Çünkü emanet alanlar, emanet malı kendi mallarını korudukları gibi korumakla yükümlüdürler.

İki emanetçiden biri emanet malı diğerinin yanına bırakır da o telef olursa, sırayla koruduklarında birisinin elinde telef olmasına kıyasla burada da bir şey ödemeleri gerekmez. Biz bunu açıklamıştık.

Emanet bırakan ve emanet alanın anlaşmazlığa düşmeleri

Bir malı emanet bırakan kişi emanet bıraktığı kişiye; "ben sana bir köle ve bir cariye emanet etmiştim" dese ve emanet alan da "sen bana yalnızca bir cariye emanet etmiştin, o da öldü" dese, mal sahibi iddia ettiği şeye dair tanık getirse emanet alan kölenin değerini öder.

Çünkü o, kölenin kendisine emanet olarak verildiğini inkar etmiştir. Bu nedenle de onun değerini ödemeyi üstlenmiştir.

Cariyenin değerini ise ödemez.

Çünkü o cariyenin kendisine emanet olarak bırakıldığını kabul etmekte, bununla birlikte öldüğünü iddia etmektedir. Bu durumda yeminle birlikte onun sözü kabul edilir.

İki kişinin, bir kişinin elindeki emanetin sahipliğini iddia etmeleri

İki kişiden her biri, bir adamın elinde bulunan cariyeyi ona emanet olarak bıraktığını iddia etse ve emanet alan da "bu cariyenin ikinizden birine ait olduğunu biliyorum ama hanginize ait olduğunu bilmiyorum" dese emanet alan kişiye onlardan her birisi için yemin ettirilir.

Çünkü her ikisi de cariyeyi kendisinin emanet ettiğini iddia etmektedir. Emanetçi ise bunu inkar etmekte, yalnızca onlardan belirli olmayan birinin cariyeyi emanet olarak bıraktığını ikrar etmektedir. Burada emanet bıraktığı inkar edilen kişi bilinmediğinden her birisi için emanet alana yemin ettirilir.

Bu meselenin tam olarak açıklanması "İkrar" bahsinde ele alınmıştır. Muhammed (rh.a.) burada bu meseleyi, İbn Ebi Leyla (rh.a.)'nın bir hususdaki aykırı görüşüne cevap vermek üzere anmıştır. O da şudur; Biz Hanefilere göre emanet alan, onlar için yemin etmekten kaçınırsa cariye onlara verilir. Emanetçi onların her birine cariyenin değerinin yarısını borçlanır. İbn Ebi Leyla'ya göre ise emanet alan cariyeyi onlara verir. Kendisinin bundan başka bir şey ödemesi gerekmez. Bu hüküm daha önce belirttiğimiz gibi İbn Ebi Leyla'nın kabul ettiği, "Emanet

konusunda açıklama yapmamak (emanetin kime ait olduğunu bildirmemek) emanetçi üzerine ödeme sorumluluğu yüklemez" prensibine dayanmaktadır. Biz Hanefilere göre ise emanetin kime ait olduğunu belirsiz bırakmak ödemeyi gerektirir. Bu meselede emanet alan kişi her iki kişi hakkında da emaneti belirsiz bıraktığından ödemekle yükümlü olur. Sonra o, yeminden kaçınmakla onlardan her biri hakkında cariyenin tümünü kendisinden teslim aldığını ikrar etmiş olur. Halbuki cariyeyi onlara vermekle yalnızca her birisine yarısını vermiş olur. Bundan dolayı her birine kalan hakkını öder. Bu da cariyenin değerini onlara yarı yarıya borçlanmasıyla olur. Görmez misin, emanet alan kişi, "bana cariyeyi bu emanet etti" dese sonra da "hayır yanıldım, cariyeyi diğeri emanet etmişti" dese cariyeyi ilk kişiye vermesi gerekli olur. Çünkü onun lehine yaptığı ikrar geçerlidir. İkrardan dönmesi ise geçersizdir. Daha sonra cariyenin ikinci kişiye ait olduğunu ikrar ettiği için de ona cariyenin değerini öder. Çünkü, cariyenin ilk kişiye ait olduğunu ikrar etmekle ikinci kişi açısından onu telef etmiş olmaktadır. Emanet alan kişi cariyeyi ilk kişiye hâkimin hükmü olmaksızın verdiğinde böyledir.

[11/132] **Muhammed (rh.a.)'e göre hâkimin hükmü ile verdiğinde de böyledir. Ebû Yusuf (rh.a.)'a göre ise bu durumda ödemekle yükümlü olmaz.**

(Ebû Yusuf'un gerekçesi şudur:) Emanet alan, yalnızca ikrarda bulunmakla ikinci kişi hakkında herhangi bir şeyin kaybolmasına yol açmamıştır. İkinci kişi hakkında kaybın olması ancak cariyeyi ilk kişiye vermekle olur. Bu ise hâkimin hükmü ile olmuştur.

Ancak Muhammed (rh.a.) şöyle demektedir: Emanet alan kişi cariyenin ilk kişiye ait olduğunu ikrar etmekle, hâkimin bu yönde hüküm vermesine neden olmuştur. Daha sonra da cariyenin kendisine ikinci kişi tarafından emanet edildiğini ikrar etmiştir. Emanet alan kişi, emaneti başkasının almasına neden olduğunda, emanet veren kişiye karşı ödemekle yükümlü olur.

Kendisine emanet bırakılan kişinin, emanet malı başkasına emanet etmesi

Kişi, bir kişiye malını emanet bıraksa, emanet alan kişi de kendi bakımında olmayan bir kişiye bunu emanet etse ve mal telef olsa, ilk emanetçi bunu öder.

Çünkü o, kendisine koruması emredilmeyen bir kişiye emaneti teslim etmekle yetkisini aşmıştır. Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre, ikinci emanetçinin ödeme sorumluluğu yoktur. Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.)'e göre ise, o da emaneti ödeme ile yükümlüdür. Mal sahibi onlardan dilediğine ödettirme hakkına sahiptir. İbn Ebi Leyla'ya göre ise, kendisinin kabul ettiği "emanet alan malı başkasına emanet bırakabilir" prensibine binaen onlardan hiçbirisinin ödeme borcu yoktur. Biz bu meseleyi daha önce açıklamıştık.

Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.) şöyle demektedirler: İlk emanetçi mal sahibinin izni olmaksızın malı teslim etmekle yetkisini aşmıştır. İkincisi ise mal sahibinin izni olmaksızın malı teslim almakla yetkisini aşmıştır. Bu nedenle mal

sahibinin onlardan dilediğine ödettirme hakkı vardır. Nitekim bir malı gasbeden kişinin elinden başka bir kişi bu malı gasbetse mal sahibi onlardan dilediğine ödettirebilir. Eğer mal sahibi ilk emanetçiye ödettirirse, bu kişi ödediğinden herhangi bir şeyi ikinciden geri alamaz. Çünkü ilk emanetçi malı ödemekle ona malik olmuştur. Sonradan malı başkasına emanet etmekle kendi malını başkasına emanet etmiş olmaktadır. Mal emanetçinin elinde telef olmuştur. Mal sahibi ikinci emanetçiye ödettirirse bu kişi ödediğini ilk emanetçiden geri alır. Çünkü bu kişi ilk emanetçi tarafından aldatılmıştır. Çünkü ilk emanetçi bu malın kendisine ait olduğunu ve ikinci emanetçinin bu mal yüzünden herhangi bir ödeme sorumluluğu ile karşılaşmayacağını söyleyerek malı emanet etmiştir. Mal onun elinde telef olmuştur. Kendisi ödemek durumunda kalınca ödediğini ilk emanetçiden geri alır. Diğer taraftan ikinci emanetçi malı teslim alma ve koruma konusunda ilk emanetçi adına çalışmaktadır. Onun yüzünden ödediği şeyi ondan geri alır.

Ebû Hanîfe (rh.a.) ise şöyle demektedir: İlk emanetçi malı ikinciye teslim etmekle ödeme sorumluluğunu üstlenmiştir. İlk emanetçi mal sahibinin huzurunda korumak üzere malı ikinciye teslim etseydi de mal telef olsaydı, onlardan hiçbirisinin ödemesi gerekli olmazdı. İlk emanetçi mal sahibi gittikten sonra malı ikinciye teslim etmekle, üstlendiği koruma görevini terketmesi nedeniyle ödemekle yükümlü olmuştur. İkinci emanetçi ise malı korumayı terk etmemiştir. Bilakis mal telef olduğu sırada da malı koruma görevini sürdürmekteydi. Bu nedenle de bir şey ödemesi gerekmez.

Şu husus bunu açıklamaktadır: İkincinin malı teslim alması kendisine ödemeyi gerekli kılmamaktadır. Bu yüzden mal ilk emanetçi gitmeden önce ikincinin elinde telef olsa bir şey ödemez. İlk emanetçi gittikten sonra da ikincisi tarafından kendisine ödemeyi gerekli kılacak herhangi bir fiil meydana gelmemiştir. Bir fiil olmadan ödeme yükümlülüğü olmaz. Fiil, yani malı bırakıp gitmek ve korumayı terk etmek, birinci emanetçi tarafından meydana getirilmiştir. İkinci emanetçi malı teslim almakla onun ödemesini yüklenmediğine göre bu, kendisi hakkında başkasının elbisesini rüzgarın kendi odasına atması gibi olmuştur. Bu kişinin bir karışması olmadan elbise telef olsa kendisinin ödemesi gerekmez.

Şu durum da bu hükmü pekiştirmektedir: İlk emanetçi yalnızca teslim etmekle ödeme yükümlüsü olmamış, bilakis kendisinin gitmesinden sonra onu ikincinin eline terketmesiyle ödeme yükümlüsü olmuştur. Bu durumda ikinci emanetçinin zilyetliği, ilki üzerine ödemeyi gerekli kılma hususunda muteber olmuştur. Bunu, ikinci emanetçiye ödemeyi gerekli kılma hususunda muteber sayamayız. Nitekim çamaşırcının çırağı elbiseyi inceltip de elbise yırtıldığında usta ödemekle yükümlü olur. Çırağın yaptığı şey nedeniyle onu çalıştıran usta ödemekle yükümlü olduğunda, işçi (çırak) üzerine bu ödemeden hiçbir şey gerekli olmaz. Çünkü o [11/133]

ödese aynı fiil nedeni ile öder. Halbuki tek bir fiil iki kişiye ödemeyi gerekli kılmaz. Bizim meselemiz de bunun gibidir. Gasbedenden malı gasbeden kişi ise böyle değildir. Çünkü onlardan her biri kendi fiili olan gasp nedeni ile ödeme yükümlüsü olmuşlardır. Onlardan birinin gasbı diğerinden ayrıdır. Bu nedenle onlardan her biri hakkında eşyayı gasbettiği sıradaki değere itibar edilir.

Allahu Subhanehû ve Teâlâ doğruyu en iyi bilir.

ÂRİYET (ÖDÜNÇ)

(كتاب العارية)

Büyük, zâhid , Şemsü'l-eimme, İslâm'ın öncüsü Ebû Bekr Muhammed b. Ebi Sehl es-Serahsî (rh.a.) yazdırmak suretiyle şunları söyledi:

Âriyetin tanımı

Ödünç vermek (âriyet)[111], ödünç verilen malın yararını karşılıksız olarak başkasının mülkiyetine geçirmek(temlik)tir.

Bu akit, bedelsiz olduğundan âriyet diye isimlendirilmiştir. Âriyet, ariyye kelimesi ile aynı kökten türetilmiş bir isimdir. Ariyye, bedelsiz olarak başkasının mülkü yerine geçirmek suretiyle meyvelerin hediye olarak verilmesidir. Âriyet de aynı şekilde yararın bedelsiz olarak başkasının mülkiyetine geçirilmesidir.

Bundan dolayı ödünç verme, tüketilmeksizin yararlanması mümkün olan şeylere veya kira akdi ile bedelli olarak yararı devredilebilen şeylere özgüdür.

Âriyetin, "teâvur" kelimesinden türetildiği söylenmiştir. Bu kelimenin anlamı nöbetleşmektir. Sanki bu akit, dilediği zaman malını elde etme nöbetini geri alacak şekilde mülkünden yararlanma nöbetini, kişinin başkasına devretmesi gibi kabul edilmiştir.

Yine bundan dolayıdır ki ölçülen ve tartılan şeylerde ödünç verme işlemi karzdır (borç vermedir).

Çünkü bu mallardan tüketilerek yararlanılır. Sahibine geri dönmesi mümkün olmadığı için bu mallarda gerçek anlamında ödünç olmaz. Bunların yalnızca mislini (benzerini) elde etme nöbeti sahibine geri döner. İnsanın, mislini ödeyerek yararlanma mülkiyetini elde ettiği şey karzdır.

---

[111] Ödünç sözcüğü zaman zaman "karz" akdi karşılığında da kullanılmakla birlikte, karz akdi daha çok "borç" kelimesi ile karşılandığından biz âriyet kavramını ödünç sözcüğü ile tercüme etmeyi uygun bulduk.

Kerhî (rh.a.) şöyle derdi: "Bu akit, menfaat (yarar) mülkiyetinden değil, çıplak mülkiyetten yararlanmanın mübah olmasını gerektirir. Ödünç alanın, malı başkasına kiraya verememesi de bunu göstermektedir. Şöyle ki; Bu akitte süre konularak yararlanma miktarını belirlemek koşul konulamaz. Süre konusundaki belirsizlik ise devrin geçerli olmasına engel olur. Oysa süre konusundaki belirsizlik ise ödünç sözleşmesinin mübahlığına engel olmaz. Bunun bir diğer delili de şudur: Ödünç olarak bir malı alan kişi bunu kiraya veremez. Oysa kendisine bir şey hibe edilen kişinin durumunda olduğu gibi bir şeye bedelsiz olarak sahip olan kişi, bu malı başkasına bedelli olarak devredebilir."

Doğru olan görüş şudur: Ödünç sözleşmesi, ödünç alan kişinin malın yararını elde etmesini gerektirir. Çünkü malın yararı, malın kendisi gibi gibi bir bedel karşılığı verilebileceği gibi, bedelsiz olarak da verilebilir. Bunun anlamı şudur; ödünç alan kişi, yararlanmanın kişiden kişiye değişiklik göstermediği durumlarda malı başkasına ödünç olarak verebilir. Kendisine bir şey mübah kılınan kişi ise bunu başkasına mübah kılma hakkına sahip değildir.

Âriyet akdinin kuruluşu

Ödünç sözleşmesi "temlik" sözcüğüyle kurulur. Meselâ "evimden yararlanmayı bir aylığına sana temlik ettim, devrettim" veya "evimde oturma hakkını bir aylığına sana ait kıldım" demek suretiyle, "temlik" sözüyle ödünç sözleşmesi kurulur. Ödünç alan kişinin malı başkasına kiraya verme yetkisi yoktur.

Çünkü bunda ödünç vereni zarara sokmak vardır. Çünkü ödünç veren kişi bu malı, istediğinde geri alacak şekilde devretmiştir. Bu şuna benzer; bir kişi bir hayvan veya elbise kiralasa, elbiseyi giyme ve hayvana binme yararını elde etmiş olsa bile bunları başkasına kiraya verme hakkı yoktur. İnsanlar bu hususta (eşyayı kullanma bakımından) birbirinden farklı olunca, bunları başkasına kiraya vermede diğer kişiye zarar verme vardır.

[11/134]

"Ödünç alanın, malı kiraya verme hakkının bulunması gerekirdi. Bu durumda ödünç verenin malı geri alma hakkı ortadan kalkmazdı. Aksine ödünç verenin malı geri alma hakkının bulunması, kira akdinin bozulması için bir özür oluştururdu." denilirse buna şu şekilde cevap veririz: "Eğer ödünç alan kişi malı kiraya verme hakkına sahip olsaydı bu hak ödünç verme sözleşmesinin gereği olurdu. Akdin geçerli olması da ödünç verenin buna izin vermesi ile olurdu. Bundan sonra ödünç veren kira akdini bozma hakkına sahip olamazdı."

Âriyet alınan malın kullanım yeri ve süresinin belirtilmesi

Ödünç akdinde kullanımın süresini ve yerini belirtmek koşul değildir.

Çünkü bedelli akitlerde kullanım süresi ve yerinin belirlenmesinin koşul olması anlaşmazlığı önlemek içindir. Ödünçte anlaşmazlık söz konusu değildir. Çünkü ödünç veren malı geri almak istediğinde malı kullananla arasında anlaşmazlık meydana gelmez. Diğer yandan bedelli akitler bağlayıcıdırlar. Belirsiz şeyde bağlayıcılık gerçekleşmez. Âriyet akdi de bağlayıcı değildir. Bundan dolayı

kullanılacak yeri, kullanım süresini, ödünç olarak alınan şey hayvan ise bunun üzerinde taşınacak şeyi bildirmek koşul değildir.

Hayvanın âriyet olarak alınması

(Bir hayvan üzerinde) mutlak olarak ödünç akdi yapıldığında hayvan sahibi hayvanını geri istemedikçe, ödünç alan kişi sürenin az bir kısmında veya çoğunda yük taşıma ve hayvana binme konusunda kendi hayvanından yararlandığı gibi yararlanır.

Çünkü ödünç alan o malı kiraya verememektedir.

Âriyetin, ödemeye tâbi olması

Eğer kiraya verse gasbeden olur. Kira bedeli de kendisine ait olup, sadaka olarak vermesi gerekir. Biz bu meseleyi "Gasp" konusunda açıklamıştık. Ödünç alan, malı kiraya verdikten sonra mal telef olsa onu öder.

Ödünç alan malı kiraya vermez de mal kendi elinde iken telef olursa, gerek kullanımı durumunda telef olsun, gerekse kullanım durumunda olmaksızın telef olsun bizim Hanefi âlimlerimizin görüşüne göre ödemez.

Bu aynı zamanda Ömer, Ali ve İbn Mesûd (r.a.)'un görüşüdür.

Şâfiî (rh.a.) şöyle demiştir; alınan mal normal kullanım durumunda telef olmuşsa ödünç alan ödemez. Eğer kullanım durumunda olmaksızın telef olmuşsa malın değerini sahibine öder. Bu İbn Abbas ve Ebû Hureyre (r.a.)'nin görüşleridir.

Şâfiî (rh.a.) bu konuda Resûlüllah (s.a.v.)'ın الْعَارِيَةُ مُؤَدَّاةٌ "Ödünç ödenir."[112] hadisini delil getirmiştir:

Peygamber (s.a.v.) bu hadiste ödemeye tabi olmayı, ödünç malın niteliği yapmıştır. Bu, ödemenin, ödünç malın ayrılmaz bir niteliği olmasını gerektirir. Nitekim Allahu Teâlâ ﴿ فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ ﴾ *"teslim alınmış bir rehin"* (el-Bakara 2/283) buyurarak teslim almayı rehnin bir niteliği kılmıştır. Bu, teslim almanın rehnin ayrılmaz bir niteliği olmasını gerektirir.

Resûlüllah (s.a.v.) Hevazin savaşı sırasında Safvân'dan âriyet olarak bir kaç zırh aldı. Bunun üzerine Safvan: "Bunları gasp üzere mi alıyorsun ey Muhammed?" deyince Resûlüllah (s.a.v.) لَا : بَلْ عَارِيَّةٌ مَضْمُونَةٌ مُؤَدَّاةٌ *"Hayır bilakis bu ödenip geri ödemek üzere alınan bir ödünçtür."* buyurmuştur.[113]

Peygamber (s.a.v.), Beni Necran ile yaptığı anlaşma metninde şöyle yazdırdı:

---

[112] Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, III/287; İbn Mâce, Sadakât 5; Ebû Dâvûd, İcâre 90; Tirmizî, Buyû' 39; İbn Hibbân, *Sahih*, XI/491; Zeyleî, *Nasbu'r-râye*, IV/159.

[113] Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, III/400; Ebû Dâvûd, İcâre 90; Dârekutnî, Sünen, III/39; Hâkim, *Müstedrek*, II/54, III/51; Taberânî, *el-Mu'cemü'l-evsât*, II/176; Zeyleî, *Nasbu'r-râye*, IV/382.

وَمَا تعَارَ رسُلِي فهُوَ عَلَى أيْدِيهِمْ فَضَمَانُهَا عَلَى إلَى *"Benim elçilerimin ödünç alıp ellerinde telef olan malların ödeme yükümlülüğü elçilerime aittir."* yazdırdı.[114]

Yine Peygamber (s.a.v.) şöyle buyurmuştur:

علَى الْيَد مَا أخذت حتى تؤدِّيَ *"Başkasının malını alarak elinde bulunduran kişi, o malı geri verinceye kadar ödeme yükümlülüğü altındadır."*[115]

Almak, yalnızca kişinin kendi yararında kullanmak üzere aldığı şeyler için kullanılır. Bu durum âriyet için de söz konusudur. Buradaki fıkhî anlam da şudur; kişi başkasının malını daha önce elde ettiği bir hak karşılığı değil de kendi çıkarı için aldığında, malın ödeme yükümlülüğü kendisine ait olur. Nitekim gasbedilen, satın almak niyeti ile elde bulundurulan ve ödünç olarak alınan mallarda da durum böyledir. Bunun nedeni şudur; ödünç akdi ile malı alan malın kendisinin teslim edilmesine hak kazanmaz. Bundan anlaşılmaktadır ki bu akit yalnızca çıkarlarla ilgilidir. Ödünç alan kişi sanki malın kendisini izinsiz olarak almış gibi olmaktadır. Kira akdi ise böyle değildir. Çünkü kira akdinde akit kiralanan malın kendisine de geçmektedir. Bu nedenle kira akdinde kiracı, malın kendisini teslim alma hakkı kazanmaktadır. Vedia (emanet) akdi ise böyle değildir. Çünkü vedia alan kişi, malı kendi yararı için teslim almamaktadır. Onu sahibinin yararı için teslim almaktadır. Bundan dolayı malı geri verme masrafları kendisine ait olmamaktadır. Bu mesele onların (Şâfiîlerin) dayanağını oluşturmaktadır. Şöyle ki; ödünç akdinde malı teslim almak, tıpkı gasbda olduğu gibi malın var olması durumunda malın kendisini geri vermeyi, telef olması durumunda da malın değerini ödemeyi gerektirir. [11/135]

Şu husus bunu açıklamaktadır; ödünç alan kişinin malı geri verme sorumluluğu, malı geri vermekle kendisinden ödeme borcunu düşürdüğü için gereklidir. Malı geri vermek kendisine gerekli olunca, kişi yüklendiği şeyi yerine getirmekle yükümlüdür. Bunu yerine getirmek; malın varsa kendisini, telef olmuşsa değerini vermekle olur. Böylelikle ödünç alan kişi yüklendiği geri verme borcunu yerine getirmiş olur. Ödünç alınan malın kullanım esnasında telef olması ise bundan farklıdır. Çünkü ödünç alanın malı kullanma fiili, malın sahibine dayandırılır. Çünkü alan kişi mal sahibinin izni ile malı kullanmaktadır. Bununla malın geri verilmesi manen gerçekleşmiş olmaktadır.

Mal, kişi tarafından ödenmesi gerekli iken, mal sahibinin kendisine izin vermesinden dolayı yaptığı bir fiil nedeniyle ödemeden kurtulabilir. Nitekim kişi başkasından bir koyun gasbeder de koyunun sahibi ona, "koyunu kurban olarak kes" dese, bu kişi koyunu kesmeden önce koyun ölse, koyunu öder. Koyunu keserse ödemesi gerekmez. "Ödünç alan kişinin malı teslim alması da mal

---

[114] Bkz. Ahmed b. Hanbel, Müsned, IV/222; Ebû Dâvûd, İcâre 90|; Dârekutnî, Sünen, II/353; İbn Hibbân, *Sahih*, XI/22; Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, III/409; Zeyleî, *Nasbu'r-râye*, III/382.

[115] Dârimî, Buyû' 56; Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, V/8; İbn Mâce, Sadakât 5; Ebû Dâvûd, İcâre 90; Tirmizî, Buyû' 39.

sahibinin izini ile olmuştur" denilemez. Çünkü o, malı sahibinin elinden kendisi için almaktadır. Onun teslim alma fiili, mal sahibinin fiili gibi kabul edilemez. Bunun delili şudur; ödünç alan kişi, malın gerçek sahibi çıktığında malı ona öderse, ödünç verenden bir şey alamaz. Eğer ödünç alanın mal üzerindeki hâkimiyeti, verenin hâkimiyeti gibi olsaydı ödediğini ondan geri alması gerekirdi.

Biz Hanefîlerin bu konudaki delillerimiz ise şunlardır:

Resûlüllah (s.a.v.) şöyle buyurmuştur:

لَيْسَ عَلَى الْمُسْتَعِيرِ غَيْرِ الْمُغِلِّ ضَمَانٌ . وَلَا عَلَى الْمُسْتَوْدَعِ غَيْرِ الْمُغِلِّ ضَمَانٌ

"Ödünç alıp da hainlik etmeyen kişinin ödeme borcu yoktur. Emanet alıp da hainlik etmeyen kişinin de ödeme borcu yoktur."[116]

Hadiste yer alan مُغِلّ ifadesi "hain" demektir. Peygamber (s.a.v.) hainlik söz konusu olmadığında, ödünç alan kişinin ödeme yükümlülüğü olmadığını ifade etti.

Buradakianlam da şudur; ödünç alan, malı geçerli bir izinle yararlanmak üzere teslim almıştır. Dolayısıyla kiralayan kişide olduğu gibi bunun da ödeme borcu yoktur.

Bu, illetin (gerekçenin) etkisini şöyle açıklayabiliriz: Ödemenin gerekli olması telafi içindir. Bu ise kişinin mal sahibi aleyhine bir şeyleri ona yitirtmesi ile gerçekleşir. Halbuki mal sahibi tarafından verilen geçerli izin ile ona bir şey yitirtilme durumu ortadan kalkmıştır. Görmez misin, malı teslim alma, ödemeyi gerektirme bakımından telef etmenin üstünde olamaz. Buna rağmen mal sahibinin izni ile malı telef etmek ödemeyi gerektirmiyorsa, onun izni ile malı teslim almak hiç gerektirmez. Burada akdi göz önüne alarak ödünç alana ödemeyi gerekli kılmak da mümkün değildir. Çünkü ödünç akdibedelsiz bir akittir. Hibe akdinde olduğu gibi ödeme akdi olamaz. Bunun delili şudur; akdin içerdiği husus, yani yarar bu akit ile ödemeye tabi olmaz. Akdin içermediği bir şey ise asla ödemeye tabi olmaz. Diğer taraftan çıkar üzerine yapılan akit bedelli olursa - ki bu akit kira akdidir- malın ödenmesini gerektirmez. Bedelin etkisi ödeme akdinin hükmünü değerlendirmede görülür. Çıkar üzerine yapılan akitte bedel söz konusu olduğunda bu akit ödemeyi gerektirmez. Bedelsiz yapılan bir akit nasıl olur da ödemeyi gerektirir? Bunun açıklaması şudur; mal alan kişinin kullanımı sırasında telef olsa onun ödemesi gerekmez. Ödünç alanın fiili, mal sahibinin fiili gibi kabul edilemez. Çünkü ödünç alan kişi malı kendi yararı için kullanmıştır. Ödünç alanın ödememesinin nedeni, mal sahibinin malın kullanımı için izin vermiş olmasıdır. Bu durum malın teslim alınmasında da söz konusudur.

---

[116] Abdurrezzak, *Musannef*, VIII/178; Dârekutnî, Sünen, III/41; Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, VI/91; Zeyleî, *Nasbu'r-râye*, IV/156.

Eğer "Mal sahibinin malı kullanmaya izin vermiş olması nedeniyle, ödünç alanın malı kullanması mal sahibinin kullanması gibi kabul edilmektedir. Aynı şekilde malın teslim alınması ve verilmesi konusunda izin verme nedeniyle de, ödünç alanın teslim alması, mal sahibinin teslimi gibi kabul edilmelidir" derse deriz ki: Malın ödünç alan tarafından geri verilmesinin gerekli olması Şâfiî'nin belirttiği nedenden dolayı değildir. Çünkü malın nakledilmesinden yararlanan odur. Malı [11/136] geri vermek de malın bu naklini ortadan kaldırmaktır. Bu nedenle malın geri verilme masrafları, malın naklinden yarar elde eden kişiye aittir. Bundan dolayı kendisine kölenin hizmet etmesi vasîyet edilmiş bir kişinin köleyi geri verme masrafları ona ait olur. Malın ödemeyi ise, tıpkı gasbedende olduğu gibi, malı teslim almakla mal sahibinin bir hakkını ortadan kaldıran kişi üzerine gerekli olur. Malın teslim alınması mal sahibinin izni ile olduğunda bu söz konusu olmaz. Satın almak üzere teslim alınmış malın ödemesi, ödeme akdi nedeni ile gerekli olmuştur. Mal sahibinin izin vermesi ödeme akdini pekiştirmektedir. Diğer taraftan burada mal sahibi müşterinin malı ancak akit yolu ile teslim almasına razı olmuştur. Akit dışında teslim alması izinsiz olmaktadır. Aynı şekilde borç (karz) olarak alınan şey de akit nedeni ile ödemeye tabi olmuştur. İzin, ödeme akdini pekiştirmektedir. Alan kişi, malın gerçek sahibine mal bedelini ödediğinde bu bedeli verenden geri alamaz. Çünkü malın gerçek sahibinin çıkması durumunda bedelin geri alınması ancak aldatma veya kusur nedeni ile olur. Bu ise yalnızca bedelli akitlerde söz konusudur. Çünkü bedelli akit, malın kusurdan uzak olmasını gerektirir. Bedelsiz akit ise bunu gerektirmez. Bu nedenle biz Hanefilere göre kendisine bir şey hibe edilen kişi aldatma nedeniyle ödediği tazmini hibe edenden geri alamaz.

Şâfiî'nin "Âriyet alan, malı daha önce kendisinin bir hakkı söz konusu olmaksızın teslim almıştır." sözü hakkında şunları söyleriz: "Evet böyledir. Ancak o kişi malı bir hakka dayanarak almıştır. Ödemeyi gerektiren şey ise bir hakka dayanmaksızın malı almaktır. Çünkü bu mal sahibinin malı üzerindeki hakkını ortadan kaldırmaktadır. Malı teslim almak ödemeyi gerektirdiği gibi telef etmek de böyledir. Sonra malın telef edilmesi, kazanılmış bir hakka dayanmadan gerçekleştiğinde değil, haksız yere gerçekleştiğinde ödemeyi gerektirir. Malı teslim almak (kabz) da böyledir.

Peygamberin "Ödünç ödenir" sözünden kastedilen, geri verilmesi üstlenilmiştir demektir. Çünkü Resûlüllah (s.a.v.) bu hadiste ödemeyi, malın niteliği yapmıştır. Bunun gerçeği malın geri verilmesinin ödenmesinde olur. Çünkü geri verme bâki kaldıkça bu nitelik de bâki kalır.

Safvan hadisi hakkında da şunlar söylenmiştir: Peygamber (s.a.v.) bu zırhları onun rızası olmaksızın almıştır. Safvan'ın "bunları gasp olarak mı alıyorsun?" sözü de bunu göstermektedir. Peygamber silaha ihtiyaç duyduğunda ödemek koşuluyla bunu alması dinen helâl olmuştur. Nitekim açlıkla karşı karşıya kalan bir kişi,

ödemek koşuluyla başkasının malını alabilir. Bir başka görüşe göre ise bu zırhlar Mekkeliler tarafından Safvan'a emanet olarak bırakılmıştı. Resûlüllah (s.a.v.) da ihtiyacı nedeniyle bunları ödünç olarak aldı. Bu durumda Resûlüllah, bu malları emanetçiden ödünç olarak almış olmaktadır. Bize göre *emanetçiden ödünç alan ödemekle yükümlüdür.* Bu hadiste kastedilen ödemenin "geri vermeye kefil olmak" anlamında olduğu da söylenmiştir. Peygamber (s.a.v.)'in "geri vermek üzere" sözü bunu açıklamaktadır. Nitekim "falanca kişi âlim, fakihtir" dendiğinde ikinci sözle anlaşılmaktadır ki ilk sözle kastedilen "fıkıh bilgisidir." Diğer bir görüşe göre bu, Peygamber (s.a.v.)'in kendisi üzerine koyduğu bir koşuldur. Ödünç alan kişi her ne kadar ödeme yükümlüsü değilse de *"el-Müntekâ"* da zikredilği üzere tıpkı emanet alan gibi bunu koşul koyarsa ödemekle yükümlü olur. Ancak Safvan o zaman ehl-i harpten idi. *İki Müslüman arasında caiz olmayan kimi koşullar Müslüman ile Harbî arasında caiz olur.* Yine denildiğine göre Peygamber (s.a.v.) bunu yalnızca Safvan'ın gönlünü hoş tutmak için söylemiştir. Rivâyet edildiğine göre bu zırhlardan bir kaçı telef olmuş, Peygamber de ona "dilersen bunları sana öderiz" demiş, Safvan da "Hayır ben zırhları verdiğim günkü durumdan çıkarak bugün Müslüman olmak istiyorum" demiştir. Eğer ödeme gerekli olsaydı Peygamber, Safvan'a hakkını almasını veya "borç yoktur" demesini (ibra etmesini) emrederdi.

[11/137]

Peygamber (s.a.v.)'in وَمَا عُقِرَ .. فَهَلَكَ عَلَى أَيْدِيهِمْ *"Benim elçilerime ödünç olarak verilip de onların elinde helak olan şeyler"* sözü ile kastettiği onların telef ettikleri, tükettikleri şeylerdir. Çünkü kişinin fiili olmaksızın mal zayi olduğunda هلك في يده "mal onun elinde helak oldu" denilir. Bir fiil sonucu yok olduğunda da هَلَكَ على يده denilir. Peygamber (s.a.v.)'in *"aldığını geri verinceye kadar malın ödeme yükümlülüğü onu alana aittir"* sözü malın geri verilmesini gerektirir. Zaten bunda ihtilaf yoktur. Tartışılan konu malın telef olmasından sonra ödemenin gerekli olmasıdır.

Ödünç verilen şeyin kullanım süresinin sınırlanması

Kişi bir kimsenin hayvanını üzerinde ne taşıyacağını belirtmeksizin bir gün akşama kadar ödünç alsa, hayvan telef olduğunda ödemez.

Çünkü bu kişi, geçerli bir izne dayanarak malı teslim almıştır. Ancak bu kişi hayvanı günün geçmesinden sonra elinde tutmaya devam ederse ödemekle yükümlü olur. Çünkü mal sahibi bir süre belirleyince, diğer kişinin bu süre dışında malı elinde tutmasına razı olmadığını belirtmiş olmaktadır. Buna rağmen süre bittiği durumda elinde tutmaya devam ederse, sahibinin izni olmaksızın hayvanı elinde bulundurmuş olur. Emanet malı sahibi istediğinde geri vermeyip mal telef olsa nasıl onu ödemesi gerekiyorsa, burada da ödemekle yükümlü olur. Kiracı bundan farklıdır. Çünkü süre dolduktan sonra kiracı malı elinde tutsa mal sahibi malını geri istemedikçe malı ödemekle yükümlü olmaz. Çünkü kirada malın sahibine geri verme külfet ve masrafları kiracıya değil, mal sahibine aittir. Mal

sahibi malını teslim almak üzere gelmeyince, kiracının ödeme yükümlüsü olmasını gerektiren bir engellemesi bulunmuş olmaz. Buradaki meselede ise ödünç alınan malın sahibine geri verme külfet masrafları ödünç alana aittir. Sürenin dolmasından sonra ödünç alan malı elinde tutmaya devam ederse, kendisi üzerine gerekli olan malı geri vermekten kaçınmış olur. Bu da ödünç alınan malın ödenmesini gerektirir.

Ödünç verilen şeyin kullanım şeklinin sınırlanması

Mal sahibi hayvanının kullanımı için bir süre belirlemediği durumda, üzerinde buğday taşıma koşuluyla ödünç verse, ödünç alan kişi günler boyunca o hayvanın üzerinde buğday taşısa kendisine ödeme gerekmez.

Çünkü mal sahibinin izni mutlaktır (herhangi bir kayıtla sınırlandırılmış değildir). Bu iznin hükmü ancak mal sahibinin kullanımı yasaklaması veya malını geri istemesi ile ortadan kalkar. Halbuki bu gerçekleşmemiştir. Buğday taşıma koşuluyla hayvanı ödünç alan kişi havyan üzerinde kerpiç, tuğla veya taş taşısa ve bu nedenle hayvan telef olsa onu öder. Çünkü o, mal sahibinin kendisine açık olarak emrettiği şeye aykırı davranmış, böylelikle malı izinsiz olarak kullanan bir gasbeden konumuna düşmüştür.

Ödünç alanın koşula aykırı davranma şekilleri

Bu meselenin dört şekli vardır:

Birincisi; ödünç alan kişinin hayvana, sahibinin belirttiğinden farklı, fakat hayvana verdiği zarar açısından onun belirttiğine denk olan bir şey yüklemesidir. Mesela ödünç alan kişi belirli bir çeşit buğdaydan on mahtûm (bir ölçü birimi) taşımak üzere hayvanı ödünç olarak alıp, aynı miktarda başka çeşit buğday taşısa veya kendisinin buğdayını taşımak üzere ödünç alıp, başkasının buğdayını taşısa ödünç alan ödemekle yükümlü olmaz. Çünkü *sınırlandırma yalnızca bir anlam taşıdığında dikkate alınır.* Burada ise sınırlandırma ve belirleme hiçbir anlam ifade etmemektedir. Çünkü hayvana verdiği zarar bakımından ödünç alanın buğdayı ile başkasının buğdayı birbirine eşittir.

İkincisi; ödünç alan kişinin belirttiği cinsten başka bir cins taşımak suretiyle akde aykırı davranmasıdır. Mesela kişi on kafiz buğday taşımak üzere hayvanı ödünç alıp on kafiz arpa taşısa akde aykırı davrandığından kıyasa göre ödemekle yükümlü olur. Çünkü cinsler değiştiğinde yarar ve zarara bakılmaz. Görmez misin bir şeyi bin dirheme (gümüş paraya) satmaya vekil kılınan bir kişi aynı malı bin dinara (altına) satsa satışı geçerli olmaz. İstihsana göre ise bu durumda ödünç alan ödemekle yükümlü olmaz. Çünkü hayvan sahibinin, taşınacak mal olarak buğdayı belirlemesinin bir yararı yoktur. Onun amacı, hayvanının, kendi belirlediği şeyden daha fazla zararla karşılaşmamasıdır. Belirlenen buğday ölçeği ile aynı ölçekte arpa hayvan için daha hafiftir. Biz ödünç veren kişinin bir yararı olmayan sınırlandırmalarının değil, yararı olanlarının göz önüne alınacağını belirtmiştik. Bu nedenle şöyle söylenmiştir: Mal sahibi ağırlık yönünden belirli bir miktara ulaşan buğdayın taşınmasına izin verse de ödünç alan aynı ağırlıkta arpa taşısa ödemekle

[11/138]

yükümlü olur. Çünkü bu ağırlıkta arpa hayvanın sırtında aynı ağırlıktaki buğdayın kapladığı yerden daha fazla yer kaplar. Bu, hayvanı üzerinde arpa taşımak üzere ödünç aldığı durumda üzerinde odun ve saman taşımaya benzer. Ancak buğday ile aynı ölçekte olan arpa, buğdayın hayvan sırtında kapladığı alandan daha fazla yer kaplamaz.

Üçüncüsü; ödünç alan kişinin hayvan için daha zararlı olan bir şey taşımak suretiyle akde aykırı davranmasıdır. Mesela kişi hayvan üzerinde buğday taşımak üzere ödünç alıp, buğdayın ağırlığı ile aynı ağırlıkta olan demir veya kerpiç taşısa öder. Çünkü demir ve kerpiç hayvanın sırtında bir yerde toplanır. Hayvanın sırtı yara olur. Bundan dolayı bu eşyayı taşımak hayvan için buğdayı taşımaktan daha zararlı olur. Mal sahibinin yaptığı sınırlandırma bir yarar taşıyorsa dikkate alınır. Ödünç alan kişi hayvan sırtında buğday ile aynı ağırlığa sahip pamuk taşıdığında da ödemekle yükümlü olur. Çünkü pamuk, hayvan üzerinde buğdayın kapladığı alandan daha fazla yer kaplamaktadır. Bu nedenle pamuk taşıması bir bakıma hayvan için buğday taşımasından daha zararlı olmaktadır. Nitekim odun ve saman taşıması da böyledir.

Dördüncüsü; ödünç alan kişinin taşınacak miktar açısından akde aykırı davranmasıdır. Mesela kişi hayvan üzerinde on mahtûm buğday taşımak üzere ödünç alıp on beş mahtûm taşısa ve hayvan bu nedenle telef olsa bu kişi hayvanın değerinin üçte birini öder. Çünkü bu kişi on mahtûm buğdayı hayvan sahibinin izni ile taşıdığından bu miktarı taşımada akde uygun davranmaktadır. Bunun üzerindeki miktarı ise sahibinin izni olmaksızın taşıdığından parça bütüne kıyas edilir. Ödeme yükümlülüğü buna göre dağıtılır. Bu hüküm, bunun benzeri bir hayvan on beş mahtûm buğdayı taşımaya güç yetirebiliyorsa geçerlidir. Eğer hayvanın buna güç yetiremeyeceği önceden biliniyorsa ödünç alan hayvanın değerinin tümünü öder. Çünkü o, bu yükü vurmakla hayvanı telef etmiştir. Hayvan sahibi ona malını telef etmek için izin vermemiştir.

Şâfiî (rh.a.)'nin bu meselede üç görüşü vardır;

Birincisi bizim görüşümüz gibidir.

İkincisine göre, ödünç alan hayvanın değerinin tümünü öder. Çünkü o, hayvan için daha zararlı olan şeyi yüklemekle akde aykırı davranmıştır. Bu kişi tıpkı taşınacak şeyin cinsi bakımından akde aykırı davranan kişi gibidir.

Üçüncü görüşe göre, ödünç alan hayvanın değerinin yarısını öder. Çünkü hayvan iki yük nedeni ile telef olmuştur. Bunlardan birisi sahibinin izni ile, diğeri ise onun izni olmaksızın yüklenmiştir. Bu nedenle ödünç alan değerin yarısını öder. Nitekim kişi, bir başka kişiye kendi kölesine on kırbaç vurmasını emretse de o kişi köleye on bir kırbaç vursa, köle de bu nedenle ölse kırbacı vuran kişi kölenin değerinin yarısını öder.

Ancak (Biz Hanefilere göre) her iki mesele arasındaki fark açıktır. Çünkü buradaki ödeme köleyi öldürme nedeni ile olan ödemedir. Köleyi öldürme konusunda göz önüne alınan, işlenen suçların sayısı değil suç işleyen kişilerin sayısıdır. İnsan tabiatı bazen bir yerde on yaranın acısını def etmeye güç yetirebilirken, başka bir yerde bir tek yaranın acısını def etmeye gücü yetmez. Bu nedenle biz suç işleyenlerin sayısını göz önüne alarak ödemenin yarı yarıya olmasına hükmettik. Burada ise hayvanın telef olması taşınan şeyin ağırlığı nedeniyledir. Hayvana zarar verme bakımından on mahtûmun ağırlığı beş mahtumun üzerindedir. Bundan dolayı ödemenin taşınan şeyin ağırlığına göre dağıtılması gereklidir. Şu mesele bundan farklıdır; kişi on mahtum buğday öğütmek üzere bir öküzü ödünç olarak alır da on bir mahtum öğütür ve hayvan telef olursa, ödünç alan kişi hayvanın değerinin tümünü öder. Çünkü öğütme peyderpey meydana gelir. Hayvan on mahtum öğüttüğünde sahibinin izni sona erer. Bundan sonra ödünç alan kişi buğdayı öğütme hususunda hayvanın bütününde akde aykırı davranmakta, hayvanı sahibinin izni olmaksızın kullanmaktadır. Bu nedenle hayvanın değerinin tümünü öder. Hayvana yük yüklemek ise bir defada olur. Ödünç alan bunun bir kısmında hayvan sahibinin izni ile onu kullanmakta, diğer kısmında ise akde aykırı davranmaktadır. Bundan dolayı ödeme buna göre dağıtılır.

Ödünç alan kişi hayvan sahibinin belirttiği yeri aşarak hayvanı başka bir yere götürür de hayvan telef olursa onu öder. [11/139]

Çünkü o, hayvanı sahibinin izni olmaksızın kullanmıştır. Burada hayvan sahibinin, kullanımı bir yerle sınırlandırmasının bir yararı vardır. Çünkü hayvanın karşılaşacağı zarar, yolun yakın veya uzak olması, kolay veya tehlikeli olmasına göre değişir.

Ödünç alan, belirli miktarda Herat kumaşını taşımak üzere hayvanı ödünç alsa daha sonra da bunun benzeri Merv, Feveh veya Nürmük kumaşı taşısa ödemez. [117]

Çünkü kumaşın Herat kumaşı olmasını koşul koymanın bir yararı yoktur. Çünkü diğer cins kumaşlar da hayvana verdiği zarar bakımından Herat kumaşı gibidir.

Yine yağlar vb. tartılan şeylerde de yararı olan her koşul geçerlidir. Ödünç alan kişi buna aykırı hareket ettiğinde ödemekle yükümlü olur. Koşulun bir yararı olmazsa dikkate alınmaz.

Bir kimse binmek üzere hayvanı ödünç olarak alır da hem kendisi biner hem de terkisine başkasını alırsa hayvanın değerinin yarısını öder.

---

[117] Bu paragrafta yer alan isimler Horasan'da yer alan bazı şehirlerin isimleridir.

Çünkü bu kişi yarısında akde uygun, yarısında da aykırı davranış sergilemiştir. Parça bütüne kıyas edilir.

Şu söylenebilir: "Kişi hayvana kendisi binmeyip başkasını bindirse idi, hayvanın değerinin tümünü ödemeyecek miydi? Böyle ise başkası ile birlikte kendisi bindiğinde haydi haydi ödemesi gerekir. Çünkü bu durumda hayvanın karşılaştığı zarar daha fazladır."

Buna şu şekilde cevap veririz: "Kişi hayvana başkasını bindirdiğinde akdin tümüne aykırı davranmaktadır. Başkası ile birlikte bindiğinde, kendisinin bindiği kısımda akde uygun davranmakta, başkasını bindirmekle aykırı davranmaktadır. Görmez misin, kişi binmek üzere hayvanı kiralasa hayvana başkasını bindirdiğinde ücret ödemesi gerekli olmaz. Kendisi biner ve başkasını da bindirirse ücret gerekli olur. Bu hüküm, hayvan iki kişiyi taşımaya güç yetirebiliyorsa geçerlidir. Hayvanın buna güç yetiremeyeceği biliniyorsa kendisi ile birlikte başkasını da hayvana bindiren kişi onu telef etmiştir. Onun değerinin tümünü ödemesi gerekir. Muhammed (rh.a.) buğday yükleme meselesinin aksine burada ödünç alanla birlikte hayvana binen kişinin ondan daha hafif veya ağır olmasını göz önüne almamıştır. Çünkü Muhammed (rh.a.) insanların böyle bir konu için tartılmasını çirkin görerek şöyle demiştir: "Onlardan her birisi tartılacak olsa; yemek yemeden önce mi yoksa yiyip de helaya girmişken veya girmemişken mi tartılır?." Ayrıca hayvana binen iki kişinin hayvana verdikleri zarar ağırlık ve hafiflik itibarıyla değildir. Nice ağır kişi, hayvana binmeyi iyi bildiği için hayvanı güzelce idare eder. Nice hafif kişi de hayvana binmeyi beceremediği için onun sırtını yara yapar. İşte bu nedenle biz ödemenin yarı yarıya olmasına itibar ettik.

Ödünç alınan şeyin geriye bizzat ödünç alan tarafından verilmesi

Ödünç alan kişi hayvanı kullanarak işini gördükten sonra onu kölesi veya kendi bakımında olan bir kişi ile sahibine gönderse, hayvan telef olduğunda kendisine ödeme gerekmez.

Çünkü malı geri verme konusunda, onun bakımında olan kişilerin zilyedliği onun zilyedliği gibidir. Nitekim malı koruma konusunda da kişinin kendi bakımında olanların zilyedliği onun zilyedliği gibidir. Yaygın olan örf, ödünç alan kişinin malı kendi bakımında olan bir kişi ile sahibine geri göndermesidir. Zaten kişi bakımını üstlendiği kişilere bu yüzden bakmaktadır. Şu durumda ödünç alan kişi bu hususta mal sahibinden delaleten izin almış olmaktadır.

Ödünç hayvanın teslimi

Hayvanı ödünç alan kimsenin onu hayvan sahibinin kölesine geri vermesi de böyledir.

Buradaki köle ile kastedilen hayvanların bakımını yapan köledir. İstihsan'a göre bu köleye hayvanı teslim ettiğinde ödünç alan ödemeden kurtulur. Kıyasa göre ise ödünç mal, sahibinin eline ulaşmadıkça ödünç alan ödemeden kurtulamaz. Nitekim emanet bırakılan kişi emaneti geri verdiğinde, mal, sahibinin eline ulaşmadıkça ödemeden kurtulamaz.

İstihsanın dayandığı delil şudur; Hayvanın sahibi hayvanını seyis aracılığı korumaktadır. Ödünç alan kişi hayvanı sahibine verse, o da hayvanı seyise verecektir. Ödünç alanın hayvanı seyise (bakıcıya) vermesi de böyledir. Yaygın olan örfe göre hayvanın sahibi bakıcının hayvanı ödünç isteyene vermesini ve işi bittiğinde ondan geri almasını emreder. Bu nedenle hayvanı bakıcıya teslim etme konusunda ödünç alan kişiye delaleten izin verilmiş olmaktadır. Emanet bırakmada ise böyle bir örf yoktur. Genellikle emanet malın sahibi, malı bizzat kendisi geri alır. Zaten o, malın kendi bakımında olan kimselerin elinde bulunmasına razı olmadığı için emanet olarak bırakmıştır. [11/140]

Âlimler şöyle demişlerdir: "Ödünç olarak alınan şey inci gerdanlık olur da ödünç alan kişi bunu ödünç verenin hayvanlarının bakıcısı olan köleye teslim ederse, ödemeden kurtulamaz. Çünkü normal koşullarda mal sahibi bu gibi durumlarda ödünç malın bu şekilde geri verilmesine razı olmaz."

Bir kimse giymek üzere bir elbiseyi ödünç alarak başkasına verse ve o kişi elbiseyi giyse, ödünç alan ödemekle yükümlü olur.

Bir kimse kendisinin kullanması koşuluyla bir şeyi ödünç alıp başkasına kullandırması

Çünkü insanlar elbiseyi giyme konusunda farklılık göstermektedirler. Kasabın, deri tabaklayan kişinin elbise giymesi ile kumaş satan, güzel koku satan kişinin elbiseyi giymeleri bir olmaz. Bu nedenle bu konudaki sınırlama mal sahibi açısından bir anlam taşımaktadır. Ödünç alan kişi elbiseyi başkasına giydirdiğinde ona aykırı davranmış olmaktadır.

Aynı şekilde kişi hayvana kendisi binmesi koşuluyla ödünç alsa sonra da başkasını bindirse akde aykırı davrandığından ödemekle yükümlü olur.

Çünkü insanlar hayvana binme konusunda farklılık göstermektedirler. Nice binici hayvanı güzel idare ederken, bir kısmı da hayvanı öldürür.

Kişi elbiseyi ödünç olarak alır da kimin giyeceğini söylemezse, daha sonra da onu başkasına ödünç olarak verse ödemez.

Çünkü elbise sahibi, elbisesinden giymek suretiyle yararlanılmasına mutlak olarak razı olmuştur. Bu elbiseyi ister ödünç alanın kendisi ister başkası giysin ödünç alanın açık ifadesine aykırı davranılmış olmamaktadır.

Ödünç alınan şey, kullanım şekli bakımından insanların farklılık göstermedikleri; bir evde oturmak, kölenin hizmet etmesi gibi şeyler ise hüküm yine belirttiğimiz gibidir.

Ödünç alanın ödünç verebileceği şeyler

Çünkü burada yalnızca ödünç alanın kullanmasını koşul koymanın bir anlamı yoktur. Dolayısıyla bu koşulun varlığı ile yokluğu eşittir. Bu, bizim kabul ettiğimiz *"ödünç alan kişi aldığını başkasına ödünç olarak verebilir"* kuralına dayanmaktadır.

Şâfiî (r.a.)'ye göre ise kişi ödünç aldığı malı başka birisine ödünç olarak veremez. Çünkü o başkasının mülkünden onun izni ile yararlanmaktadır. Bu konuda onun başkasına izin verme yetkisi yoktur. Nitekim kendisine yemek

yemesine izin verilen kişinin bu konuda başkasına izin verme yetkisi yoktur. Çünkü bu durumda başkasına ait bir hakta hak sahibi ile kendisini aynı konumda görmektedir. Oysa yalnızca kendi hakkı konusunda bu yetkiye sahiptir. Başkalarının hakkı konusunda değil. Nitekim bir tasarrufu yapmaya vekil kılınan bir kişi, bu işle ilgili olarak başka birisini vekil atayamaz.

Biz Hanefilerin bu konudaki delilleri ise şunlardır; Ödünç alan kişi maldan yararlanabileceğine göre yararlanma hakkını başkasına da verebilir. Nitekim bir şeyi kiralayan ve kendisine kölenin hizmeti vasîyet edilen bir kişi bunları başkasına devredebilir. Bu, daha önce açıkladığımız gibi "ödünç alan kişi, ödünç akdi ile maldan yararlanma hakkına sahip olur" görüşü nedeniyledir. Muhammed (rh.a.) daha sonra şu sözü ile buna işaret etmektedir:

"Sana bir şeyi ödünç olarak veren kişi, ondan yararlanma hakkını sana vermiş olur."

Bunun delili şudur; Mal sahibi "ben bu malın yararını senin mülküne verdim" deseydi bu geçerli bir ödünç akdi olurdu. Ödünç alan kişin malın yararına sahip olduğuna göre bunu başkasına devretmekle kendi mülkü üzerinde tasarrufta bulunmuş olmaktadır. Bu durumda o başkasının değil kendi hakkı konusunda kendisi ile başkasını eşit tutmaktadır. Bu tasarruf geçerlidir. Kendisine yemek yeme izni verilmiş kişi ise böyle değildir. Çünkü bu kişi yemeğe sahip olmaz. Yemek, sahibinin mülkünde olduğu durumda onu yeme hakkını elde etmiş olur. Yani yemek sahibinin mülkünde kalmaya devam eder.

Ödünç alanın ödünç veremeyeceği şeyler

İnsanların kullanmada farklılık gösterdikleri mallarda, mal sahibinin zararla karşılaşmaması için ödünç alanın -kendi mülkünde tasarrufta bulunmuş olsa da- malı başkasına ödünç olarak verme yetkisi yoktur.

Doğru olan da bu görüştür. Nitekim bir köleye sahip olan iki ortaktan birisi köle ile özgürlük sözleşmesi yapsa diğer ortak kendisinin karşı karşıya kaldığı zararı ortadan kaldırmak için bu sözleşmeyi feshedebilir. Aynı şekilde alıcı, ön alım hakkının (şuf'a) bulunduğu kısımda tasarrufta bulunduğunda kendi mülkünde tasarrufta bulunmuş olmakla birlikte, ön alım hakkına sahip olan kişinin zararını ortadan kaldırmak için onun bu tasarrufu bozulur.

[11/141]

Bina yapmak, ağaç dikmek için ödünç alınan arazinin durumu

Bir kişi başka birisinden; bina yapmak veya hurma ağacı dikmek için araziyi ödünç olarak istese, sahibi de buna izin verse daha sonra o kişiyi araziden çıkarmayı istese bize göre bunu yapma yetkisine sahiptir.

Malik (rh.a.) bunu yapamayacağını söylemiştir. Çünkü ödünç alan kişi bu binayı yapmakla veya ağaçları dikmekle haddi aşan bir hareket sergilememiştir. Bu nedenle bunlar yıkılmaz. Arazi sahibi bundan zarar görse bile, bu zararı yüklenmeye kendisi razı olmuştur. Bina sahibi ise binasının yıkılmasına ve ağaçlarının sökülmesine razı olmamıştır. Bundan dolayı bu kişi araziyi boşaltmadıkça arazi sahibi toprağını geri alamaz.

Biz Hanefîler ise şöyle demekteyiz: Arazi, sahibinin mülkünde kalmaya devam etmektedir. Ödünç akdi bağlayıcı bir akit değildir. Ödünç vermek, sahibinin kendi mülkünü dilediği zaman geri alıp ondan yararlanmasını imkansız kılmaz. Bina ve ağaçların sahibi bir başkasının arazisine, onun üzerinde herhangi bir bağlayıcı hakka sahip olmaksızın bina yaptığında, binasının ve ağaçlarının yıkılmasına razı olmuş olur. Çünkü arazi, sahibinin mülküdür. Ödünç alan, başkasının arazisini kendi mülkü ile işgal etmektedir. Bu nedenle araziyi boşaltması emredilir.

Biz Hanefilere göre bina ve ağaç sahibi, (yıkılan bina ve ağaçlarını) arazi sahibine ödetemez.

İbn Ebi Leyla ise şöyle demektedir: "Bina ödünç verene ait olur. O, bina sahibine binanın sağlam olarak değerini öder. Çünkü her iki tarafın zarara düşmesini önlemek gereklidir. Zarar ancak bu şekilde ortadan kalkmış olur." İbn Ebi Leyla bunu bir kişinin kumaşının başkasının boyası ile kendiliğinden boyanmasına benzetmiştir. Kumaş sahibi kumaşını geri almak istediğinde boyacının boyasının değerini öder.

Biz Hanefiler ise şöyle demekteyiz: Arazi sahibi binanın değerini ödemeye razı değildir. Razı olmadığı durumda onu bu değeri ödemekle yükümlü saymak onu zarara sokmak olur. Ortada zorunluluk bulunmadıkça buna başvurmak caiz olmaz. Burada ise zorunluluk bulunmamaktadır. Çünkü burada binayı kaldırıp, iki kişinin mülkünü birbirinden ayırmak mümkündür. Kumaşın başkasının boyası ile boyanması bundan farklıdır. Çünkü orada birinin malını diğerinden ayırmak mümkün değildir. Sonra o meselede kumaş sahibinin rızası olmadan boyanın değerini ödemesi yine gerekli olmaz. Çünkü kumaşın satılması yoluna başvurmak için boyanın değerini ödemekten kaçınabilir. Burada da arazi sahibinin rızası olmaksızın bina bedelini ödemesinin zorunlu olmaması gerekir.

Arazisini ödünç veren kişinin süre belirlemesi

Arazi sahibi, arazisini ödünç verdiği kişiye yirmi yıl vb. bir süre belirlediği durumda, sürenin bitiminden önce onu araziden çıkarırsa, biz Hanefilere göre ödünç alanın binasının ve ağaçlarının değerini öder.

Züfer (rh.a.)'e göre bunu ödemez. Çünkü ödünç sözleşmesinin kendisi bağlayıcı olmadığı gibi, bu sözleşmede konulan süre de ödünç veren için bağlayıcı değildir. Nasıl ki ödünç alan, süre konulmayan ödünç sözleşmesinde arazi sahibine bina ve ağaçların değerini ödetemezse, ödünç veren süre koyduğunda da ödetemez. Arazi sahibinin bir süre bildirmesi kendisini bağlamaz. Bu süre dolmadan önce ödünç verdiği kişiyi araziden çıkarabilir.

Ebû Hanîfe, Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.)'in bu konudaki delilleri ise şudur; ödünç veren kişi bir süre belirlemekle ödünç verdiği kişiyi aldatmış olmaktadır. Çünkü bu süre içinde araziyi ona bırakacağını, binasına dokunmayacağını ifade etmiştir. Buna uymadığında ödünç alanı aldatmış olur. Aldatılan kişi, aldandığı bedeli kendisini aldatandan almak suretiyle uğradığı zararı giderme hakkına

sahiptir. Ancak arazi sahibi ödünç sözleşmesini süre belirlemeden mutlak yaparsa durum farklı olur. Çünkü bu durumda diğerini aldatmamış, aksine ödünç alan kişi mutlak akitle arazinin kendisine sahibi tarafından uzun bir süre boyunca bırakılacağını zannederek aldanmıştır. Biz daha önce ödeme akdi ile olan
[11/142] aldatmanın, ödediğini geri alma konusunda bir neden oluşturacağını açıklamıştık. Oysa burada ödeme akdi bulunmamaktadır. Çünkü ödünç veren kişi ödeme akdi yapmamıştır.

Ödünç veren kişi bir süre belirlediğinde şu söylenebilir: Akıllı bir kişinin sözü imkan ölçüsünde bir anlam ifade edecek tarzda yorumlanır. Ödünç akdini geçerli kılmak için süre belirlenmesine gerek yoktur. Öyleyse süre belirlenmesinin mutlaka başka bir anlamı bulunmalıdır. Bu da belirttiği süreden önce ödünç alan kişiyi araziden çıkarmak istediğinde bina ve dikili ağaçların değerini ödemekten başka bir şey değildir. Bu durumda ödünç veren kişinin sözü şu anlama gelmiş olmaktadır: "Arazime; şu kadar zaman sana bırakmam koşuluyla bir bina yap. Bu süreden önce arazimi geri alırsam, binayı yapmak için harcayacağın şeyi öderim, bina da bana ait olur." Arazi sahibi, arazisini ödünç verdiği kişiyi araziden çıkarmak istediğinde bina ve dikili ağaçlarının değerini öder. Bu durumda ödünç alan kişi, bunları arazi sahibinin emri ile onun için yapmış gibi olur.

Şayet ödünç alan (binayı yapıp ağaçları diken kişi), bunların değerini arazi sahibine ödetmek istemez de bunları araziden kaldırmak isterse bunu yapabilir.

Çünkü bina ve dikili ağaçlar onun mülküdür. Biz, ödünç alanın zararını ortadan kaldırmak için ödünç verenin tazminat ödemesini gerekli kılmıştık. Ödünç alan kişi bu zararı üstlenmeye razı olursa, o mülkü üzerinde başkalarından daha fazla hak sahibi olur. Başkasının mülkünü boşaltmak suretiyle bina ve ağaçlarını kaldırır.

Denildiğine göre bu hüküm ağaçların sökülmesi araziye büyük bir zarar vermediği zaman geçerlidir. Sökme araziye büyük zarar veriyorsa ödünç alan, arazi sahibinin izni olmadan sökemez. Çünkü böyle yapması arazi sahibini zarara sokmaktadır. Ödünç veren (yani arazi sahibi) değerini ödemek suretiyle onları alabilir.

Kişi arazisini başkasına ekmek üzere ödünç olarak verse, bunun için süre versin ya da vermesin, ürünün biçilme zamanı yaklaşır da arazi sahibi ödünç alanı araziden çıkarmak isterse, kıyasa göre tıpkı bina ve dikili ağaçlarda olduğu gibi bunu yapabilir.

Çünkü tarlayı eken kişi, kendisinin tarla sahibi üzerinde bağlayıcı bir hakkı bulunmaksızın ekmiştir. Tıpkı bir araziyi gasbederek oraya bir şey eken kişinin durumunda olduğu gibi burada da arazi sahibi dilediği zaman arazisini geri alabilir.

İstihsana göre ise ödünç alan kişi ektiğini biçmedikçe arazi sahibi onu araziden çıkaramaz.

Çünkü ödünç alan kişi tarlayı ekmekle bir tecavüzde bulunmamıştır. Diğer taraftan ekinin yetişmesinin bilinen bir vakti bulunmaktadır. Eğer ödünç veren, ekini tarladan söktürme hakkına sahip olursa ödünç alanın malını yok etmek suretiyle ona zarar vermiş olur. Diğer yandan arazi ödünç alanın elinde kalınca, ödünç verenin hakkını alması geciktiği için gecikme zararı olmaktadır. Hakkın yok edilmesi nedeniyle karşılaşılan zarar, hakkın gecikmesi ile karşı karşıya kalınan zararın üstündedir. İki taraftan birinin zararla karşılaşmasından başka çıkış yolu yoksa iki zararın daha hafif olanı tercih edilir. Ödünç araziye bina yapma ve ağaç dikme meselesi bundan farklıdır. Çünkü bunların araziden kaldırılmasının belirli bir vakti yoktur. Burada her iki tarafın zararı da hakkın iptal edilmesinden doğan zarardır. Bu durumda asıl mala (araziye) sahip olan kişinin hakkı, tâbi olana (arazideki bina ve ağaçlara) sahip olan kişinin zararına tercih edilir. Gasp meselesi de bundan farklıdır. Çünkü gasbeden, başından itibaren araziyi ekme konusunda tecavüzde bulunmuştur. Bu tecavüzü ile o, ekininin tarlada bırakılmasına hak kazanamaz.

Muhammed (rh.a.) *"el-Asl"* da arazinin, ekinin yetişmesine kadar ödünç alan elinde ücret karşılığı mı, ücretsiz olarak mı bırakılacağını anmamıştır.

Âlimler şöyle demişlerdir: "Arazinin emsal kira karşılığında ödünç alan elinde bırakılması gerekir. Nitekim kira süresi dolar da ekin bundan sonra tarladan kaldırılırsa, tarlada bulunduğu zaman için emsal kira ödenir. Çünkü tarla sahibinin rızası olmaksızın onun arazisinden yararlanmasını bir bedel ödemeden geçerli kılmak caiz değildir. Bu durumda her iki taraf da ancak ekin arazide emsal kira bedeli karşılığında bekletildiğinde kollanmış olur.

Ödünç alan kişi hayvanı kölesine verse de kölesi onu telef etse köle onun değerini öder. Bu da; kölenin telef edilen şeyin değerini ödemek için satılması veya efendisinin onun yerine tazminatı ödemesi ile olur. [11/143]

Çünkü köle bu hayvanı telef etmiştir. Tasarrufları kısıtlanmış olan köleye yaptığı telef derhal ödettirilir.

Hayvanın ne için ödünç verildiğinde ihtilafın olması

Hayvan sahibi ile ödünç alan kişi hayvanın ne için ödünç olarak verildiğinde ihtilaf etseler, hayvan da binme veya yük yükleme sonucunda ölse biz Hanefîlere göre hayvan sahibinin sözü esas alınır.

İbn Ebû Leylâ (rh.a.)'ya göre ise ödünç alanın sözü esas alınır. Çünkü hayvan sahibi ödünç alanın akde aykırı davranması yüzünden ödeme nedeninin gerçekleştiğini iddia etmekte ödünç alan ise bunu inkar etmektedir. Bunun için ödünç alanın sözü kabul edilir.

Biz Hanefîler ise şöyle demekteyiz: İznin ne için verildiği hayvan sahibi tarafından (yapılacak açıklama ile) anlaşılabilir. Hayvan sahibi izin verdiğini inkar etse onun sözü esas alınır. Ödünç alanın yararlandığı bir biçimde izin verdiğini inkar ettiği zaman da onun sözü esas alınır. Çünkü ödemeyi gerektiren neden, yani başkasının hayvanını kullanmak meydana gelmiştir. Hayvanı kullanan kişi ödeme yükümlülüğünün düştüğünü, çünkü hayvan sahibinin buna izin verdiğini iddia etmekte, hayvan sahibi ise bunu inkar etmektedir. Hayvan sahibi yemin ettiğinde, ödeme yükümlülüğünü gideren şey yok olmuş olur. Bu durumda ödünç alan kişi, görünen nedene bağlı olarak ödemek durumunda kalır.

Kişi tarlasını başka bir kişiye bina yapmak üzere veya dilediği kadar oturmak üzere verse ve araziden çıktığında binanın arazi sahibine kalmasını koşul koysa bu koşul geçersiz olur.

Çünkü bina onu yapana aittir. Arazi sahibi karşı tarafın araziden yararlanması karşılığında binanın kendisine ait olmasını koşul koymaktadır. Buna göre yapılan akit ödünç değil, kira akdi olur. Hem de bu, geçersiz bir kira akdidir. Çünkü belirli bir süre belirtildiği için akit konusu bilinmemektedir. Yine araziye yapacağı şeyin miktarı da akit yapıldığı sırada bilinmediği için ücret de bilinmemektedir. Bu koşullar altında arazide oturan kişi arazinin emsal kira bedelini ödemesi gerekir. Çünkü o, geçersiz bir akit ile araziden yararlanmıştır.

Arazide oturan kişi, arazi sahibi tarlayı geri istediğinde binasını yıkar.

Çünkü bina, oturan kişinin mülküdür.

Eğer "Arazi sahibi geçersiz olan kira akdine dayanarak niçin binayı alamıyor? Çünkü bina araziye bitişik olunca araziyi almakla binayı da almış olmaktadır" denilirse, buna şu şekilde cevap veririz: Ödünç alan ve veren, arazide oturacak kişinin kendisi için bina yapmasını koşul koymuşlardı. Akit sırasında da bina bulunmuyordu. Var olmayan bir şey üzerine yapılan akit asla kurulmuş olmaz. Arazi sahibi arazisini almakla yalnızca geçersiz akdin içerdiği şeye malik olur.

Ödünç veren veya alanın ölmesi

Ödünç veren ve alan öldüğünde ödünç akdi sona erer.

Ödünç veren ölünce sona ermesinin nedeni şudur: O ölünce mal onun mirasçısına geçer. Bundan sonra ödünç alan mirasçının mülkünden yararlanmış olur. Oysa ödünç veren, ödünç alana yalnızca kendi mülkünü vermiştir. Başkasının mülkünü değil.

Ödünç alan ölünce akdin sona ermesinin nedeni de şudur: Menfaatler miras yolu ile geçmez. Çünkü mirasçılık ölenin yerini almaktır. Bu da ölenin olan şeylerde geçerli olur. Ölenin mirasçısı bu konuda onun yerini alır. Yararlanmalar ise varlıklarını devam ettirmediklerinden (peyderpey meydana geldiklerinden) bunlarda bu çeşit yerine geçme (halef olma) düşünülemez. Diğer taraftan şu husus da bize delil olmaktadır: Yararlanma üzerinde bedelli olarak yapılan akit, yani kira

akdi, akdi yapanlardan birinin ölümü ile sona ermektedir. Bedelsiz olarak yapılan akdin aynı durumda sona ermesi daha önceliklidir.

Aynı şekilde ödünç veren "bu evim sükna olarak senindir" dediğinde de hüküm böyledir. Çünkü bu ifadenin anlamı "bu evde oturma hakkı senindir" şeklindedir. Kişinin "senindir" sözü malın bizzat kendisini mülk edindirme (temlik) şeklinde anlaşılabileceği gibi malın yararını devretme şeklinde de anlaşılabilir. "Sükna" sözü farklı anlamlara gelebilecek sözü açıklamaktadır.

Yine kişinin "bu evim benim hayatım devam ettiği sürece sükna olarak senindir" dediğinde de "sükna" sözü "hayatım devam ettiği sürece" sözünü açıklamaktadır.

Ödünç (âriyet) bu ifadelerle kurulur. Sonra o kişinin ölümünden sonra sona erer.

Bir kişi ödünç alana gelerek: 'Ben falanca kişiden senin elinde bulunan bu şeyi ödünç istedim. O bana bunu senden teslim almamı emretti' dese ödünç alan da onu doğrulasa ve malı kendisine verse, sonra da mal teslim ettiği kişinin elinde telef olsa, mal sahibi bunu emrettiğini inkar etse ödünç alan malı öder. [11/144]

Ödünç alanın malı başkasına vermesi

Çünkü ödünç alan, ödünç verenin malı başkasına teslim etmeyi emrettiğini iddia etmektedir. Ödünç veren ise bunu inkar etmektedir. Bu nedenle yeminle birlikte onun sözü kabul edilir. Yemin ettiği zaman, ödünç alanın, malı, sahibinden izinsiz olarak başkasına verdiği ortaya çıkmış olur. Bu ise kendisi üzerine ödemeyi gerektirir.

Eğer "Bu niçin ödünç alanın, malı başkasına ödünç vermesi gibi kabul edilmiyor, (ki böyle kabul edilirse) ödünç alana ödeme gerekmez?" denilirse buna şu şekilde cevap veririz: Ödünç alan kişi malı başkasına ödünç olarak verdiğinde, maldan yararlanma ve malı elinde tutma konusunda o kişiyi kendi yerine koymuş olmaktadır. Bu nedenle ikinci kişinin eli birincisinin eli gibi olmaktadır. Ödünç malı başkasına ödünç olarak veren kişi dilediği zaman malı geri alabilir. Bizim meselemizde ise ödünç alan kişinin malı ikinci kişiye teslim etmesi bu yolla olmayıp, ikinci kişinin bu malı elinde bulundurmaya daha çok hak sahibi olduğu gerekçesine binaen mal teslim edilmiştir. Bundan dolayı ödünç alan kişi malı ondan geri alma yetkisine sahip değildir. Bu açıdan malı ödünç alan, ödünç veren gibi kabul edilemez.

Bu durumda ödünç alan kişi malı ödediğinde ödediğini malı kendisinden teslim alan kişiden geriye alamaz.

Çünkü ödünç alan kişi karşı tarafın iddiasını doğrulamıştır. Ona göre; diğer kişi malı sahibinden ödünç olarak almaktadır ve her ikisine de ödeme gerekmemektedir. Ne var ki mal sahibi malın bedelini kendisine ödettirmekle ona

zulüm etmiştir. Zulme uğrayan kişinin kendisine zulmedenden başkasına zulmetme hakkı yoktur.

Ödünç alan kişiye gelip malı ondan teslim alan kişi, ödünç verenin hizmetçisi ise ve ödünç veren malı geri almasına dair hizmetçisine emir verdiğini inkar ederse ödünç alana ödeme gerekmez.

Çünkü daha önce açıkladığımız gibi; ödünç verenin hizmetçisine malı teslim etmek, bizzat ödünç verene teslim etmek gibidir. Bu teslim, ödünç alanın ödemesini gerektirmez.

Ödünç alan, hayvanı geri götürdüğünde onun sahibini veya hizmetçisini bulamasa ve hayvanı, sahibinin evinin ahırına (hayvanın yem yediği yere) bağlasa ve hayvan telef olsa kıyasa göre hayvanın değerini öder.

Çünkü ödünç alan, malı kendi elinden çıkardığı durumda onu koruyacak bir kimseye teslim etmediği için hayvanı telef etmiştir. Görmez misin, gasbeden böyle yapsa malı telef etmiş olur ve öder. Ödünç alan da böyledir.

İstihsana göre ödemesi gerekmez.

Çünkü o, hayvanı örfen bağlanan yere bağlamıştır. Eğer hayvanı sahibine verseydi o da zaten buraya bağlayacaktı. Kendisi oraya bağladığında da bir şey gerekmez. Bu hüküm; ödünç alanın, hayvanı bağlı olduğu yerden alıp ve oraya geri bırakması şeklinde yaygın olan âdete göredir. Dolayısıyla hayvan sahibi delaleten buna izin vermiş sayılır. Gasbedenin durumu bundan farklıdır. Çünkü o ödemekle yükümlüdür. Gasba son vererek ödeme yükümlülüğünü kaldırması gerekir. Bu, hayvanı sahibinden aldıktan sonra ahıra bırakmakla gerçekleşmez. Ödünç alan kişi ise emin /kendisine güvenilen kişidir. Onun, kendisine ödeme yükümlülüğü getiren nedeni, yani hayvanın telef olmasını ortadan kaldırması gerekir. Bu neden (hayvanı bağlandığı yere bağlamakla) âdet açısından ortadan kalkmıştır. Çünkü hayvanın bağlandığı yer hayvan sahibinin elinde bulunmaktadır. Ödünç alanın hayvanı buraya bırakması hükmen hayvan sahibinin eline iade etmesi gibidir.

Ödünç mal aldığını inkar ettikten sonra telef olduğunu iddia etme

Ödünç alan kişi ödünç mal aldığını inkar etse, sonra da onun telef olduğunu iddia etse malın değerini öder.

Çünkü mal onun elinde emanetti. Bunu inkar etmekle emanet alan kişinin emaneti inkar etmesi durumunda olduğu gibi ödemekle yükümlü olur.

Ödünç alan, ödünç aldığını inkar etmemekle birlikte, "ben onu geri verdim" veya "bende iken telef oldu" dese, emanet alan kişinin sözünün yeminle birlikte doğrulandığı bütün durumlarda ödünç alanın sözü de doğrulanır. Çünkü o, ödemenin gerekli olmasını inkar eden güvenilir kişidir.

[11/145]

Dinar, dirhem ve bunun dışındaki paraların ödünç olarak verilmesi karzdır (borç vermedir).

Çünkü ödünç vermek yararlanma konusunda verilen bir izindir. Paralardan yararlanma bunların harcanması ile olur. Şu durumda parayı ödünç alan kişiye bunları harcama konusunda izin verilmiş olur.

Tüketilen şeylerin başkasına verilmesi

Paranın ödünç verilmesinde iki olasılık vardır; hibe ve karz. Kesin olarak bilinmesi nedeniyle bunlardan daha az olanı, yani karz sabit olur. Ayrıca ödünç alan kişi, aldığı şeyden yararlandıktan sonra geri vermeyi üstlenmektedir. Oysa ödünç alınan paraların kendisinin geri verilmesi imkansızdır. Bu nedenle dengini vermek kendisini vermek gibi kabul edilir. Teslim alınan şeyi tüketme imkanı veren ve tükettiğinin dengini ödemeyi gerektiren teslim alma, karz yolu ile bir şeyi teslim almaktır.

Ölçülen, tartılan veya ceviz ve yumurta gibi sayılarak satılan şeylerin tümünde de bu hüküm geçerlidir.

Muhammed (rh.a.) *"el-Asl"* adlı kitapta şunları söylemiştir: " Görmez misin; bir kimse yiyecek satın almak veya cariye satın almak için başkasından ödünç para alsa, yemeği yiyebilir, câriye ile birlikte olabilir. Aldığı paralar da üzerine borç olur"

Karz olmayıp ödünç sayılan şeyler

Bir kimse evini süslemek için başkasından bir kap alsa veya mücevherlerle süslenmiş bir bıçak, kılıç veya gümüşle kaplanmış bir kemer veya yüzük alsa bunlardan hiçbirisi karz olmaz.

Çünkü bu eşyalardan tüketilmeksizin yararlanılabilir. Bu nedenle bunların kiralanması da caizdir.

Âlimler demişlerdir ki: Bir kuyumcu, dükkanını süslemek veya terazisinde kullandığı ağırlıkları ayarlamak üzere başkasından ödünç olarak dinarlar veya dirhemler alsa bu karz olmaz. Çünkü akdi yapan iki kişi bu maksatlarını açıkladıklarında biz onların kastının paraların tüketilmesi konusunda izin elde etmek değil, tüketmeksizin onlardan yararlanmak olduğunu anlarız.

Bir kimse belirli bir yere kadar binmek üzere bir hayvanı ödünç olarak alsa daha sonra oraya ulaşan başka bir yoldan gitse de hayvan telef olsa, hayvanın değerini ödemez.

Çünkü belirtilen yere kadar hayvana binmek konusunda izin verilmiştir. Mal sahibi herhangi bir yoldan gitmeyi koşul koymamıştır. Bu nedenle insanların o bölgeye giderken gelip gittikleri bir yol olması koşuluyla hangi yoldan giderse gitsin akde aykırı davranmamış olur. İnsanların o yere giderken kullanmadıkları bir yol olursa öder. Çünkü mutlak olarak verilen izin örfle bilinen şeye yorumlanır.

Kişi A'ber hamamına kadar gitmek üzere hayvanı ödünç olarak alıp sonra burayı geçse ve A'yen hamamına veya Kufe'ye varsa, hayvan telef

olsa, hayvanı sahibine geri verinceye kadar ödeme yükümlülüğü devam eder.

Bir görüşe göre bu hüküm, kişi hayvanı yalnızca gitmek için ödünç olarak aldığında geçerlidir. Hem gidiş hem geliş için ödünç olarak aldığında kendisine ödeme gerekmez. "*en-Nevadir*" de de bu şekilde anılmıştır. Çünkü sadece gitmek için ödünç olarak hayvanı aldığında A'yen hamamına vardığında akit sona erer. Burayı geçtiğinde gasbeden durumuna düştüğünden ödeme ile yükümlü olur. Bundan ancak hayvanı sahibine geri vermekle kurtulabilir. Hem gidiş hem geliş için ödünç olarak aldığında, yalnızca akde aykırı davrandığında, yani belirtilen yeri geçtiğinde ödemekle yükümlü olur. Ödünç alan, A'yen hamamına geri döndüğünde akde aykırı davranma sona erer, aralarındaki akit devam ettiğinden yeniden emin (güvenilir) konumuna geçer.

Diğer görüşe göre ise her iki durumda da hüküm aynıdır. Çünkü ödünç alanın hâkimiyeti (mal sahibi adına değil) kendisi adına bir hâkimiyettir. Vedia akdinde emanet alan akde aykırı davranıp sonra bundan vazgeçse ödemeden kurtulur. Çünkü burada onun zilyedliği mal sahibinin zilyedliğidir. Hüküm bakımından emanet alanın aykırı davranmayı terketmesi, malı sahibine geri vermesi gibi kabul edilir. Ödünçte ise bu durum söz konusu değildir. Bu nedenle kişi belirlenen yere geri dönse bile, hayvanı sahibine geri vermedikçe ödeme yükümlülüğü devam eder. Bu açıdan kira da ödünç gibidir. Çünkü kiralayan kişinin mal üzerindeki hâkimiyeti kendisi adına bir hâkimiyettir. Çünkü kiralayan, malı yararlanmak için teslim almaktadır. Malın gerçek sahibi çıktığında kiraya veren kişiden ödediği bedeli geri alabilmesi, ödeme akdi ile sabit olan bir aldatma nedeniyledir. Yoksa onun hâkimiyeti, mal sahibinin hâkimiyeti olduğu için değil.

[11/146] Farkı şöyle açıklayabiliriz: Ödünç alan ile kiracı malı elinde tutmakla ödemekle yükümlü olurlar. Kişi belirli bir yere gitmek üzere bir binek hayvanını ödünç olarak alsa veya kiralasa, daha sonra günlerce bu hayvanı şehirde tutsa ödeme yükümlülüğü kendisine ait olur. Aynı şekilde koşul konulan bölgeyi geçtiğinde de böyledir. Biz iznin kapsamına girmeyen bölgede hayvanı elinde tutmakla onu ödeme yükümlüsü saydık. Elinde tutma fiili ancak hayvanı sahibine vermekle son bulur. Emanet alan kişi ise malı elinde tutmakla değil, kullanmakla ödeme yükümlüsü olur. Akde uygun davranmaya geri döndüğünde malı kullanmaya son vermiş olur.

Hayvanın sahibi, hayvanın ödünç alanın elinde iken Abdurrahman kilisesinin olduğu yerde onun binmesi sonucu telef olduğuna dair tanık getirse, ödünç alan da hayvanı sahibine geri verdiğine dair iki tanık getirse, hayvan sahibinin tanıklarının sözü kabul edilir.

Çünkü bu tanıklar, ödeme nedeninin hayvana binen kişi üzerine gerekli olduğunu ispat etmektedir. Ödünç alanın tanıkları ise bunun olmadığını bildirmektedir. Bilindiği gibi tanıklar ispat için getirilirler.

Binek hayvanı, ödünç alanın elinde telef olsa, sonra da bir kişi bu hayvanın kendisine ait olduğuna dair tanık getirse, iddiasını delille ispat ettiği için hâkim hayvanın onun mülkü olduğuna hükmeder. Onu satmadığına veya hibe etmediğine dair tanığı olup olmadığını sormaz.

Çünkü bunu iddia eden bir kişi yoktur. Hâkim yeni anlaşmazlıklar meydana getirmek için değil, anlaşmazlıkları sonuca bağlamak üzere atanmıştır.

Hayvanın sahibinin hayvanının değerini ödetmek istediği kişi bunu (satım veya hibe işlemini) iddia ederse veya "bu hayvanı ödünç olarak almama izin verdi" derse buna dair kendisine yemin ettirilir.

Çünkü karşı taraf ikrar ettiğinde bağlayıcı olacak bir şeyi bu kişi iddia etmektedir. Mal sahibi bunu inkar ettiğinde kendisine yemin ettirilir. Yeminden kaçınırsa bu, ikrar anlamında anlaşılır. Bu durumda sahibi malını hiç kimseye ödettiremez.

Eğer yemin ederse ödünç alan veya verenden dilediğine ödettirir.

Çünkü onlardan her biri kendisine karşı mütecaviz konumundadır. Ödünç veren kişi malı teslim etmekle, ödünç alan da malı teslim alıp kullanmakla ona karşı haksızlık etmişlerdir.

Mal sahibi ödünç verene malını ödettirirse, bu kişi ödediği tazminatı ödünç alandan geri alamaz.

Çünkü ödünç veren, ödeme anından itibaren hayvana sahip olmuştur. Bu durumda o kendi mülkünü ödünç vermiş olmaktadır.

Hayvanın sahibi ödünç alana ödettirirse, o da ödünç verenden ödediği ödeme bedelini geri alamaz.

Çünkü ödünç alan kişi, emanet alanın aksine kendisi için yaptığı bir fiil nedeniyle ödemiştir. Diğer taraftan, ödünç veren kendisine bir bedel teslim edilmesini koşul koymadığından ödünç alan onun tarafından aldatılmış değildir. Malı kiralayan kişi ise böyle değildir. Çünkü o, kiraya veren kişi tarafından, ödeme akdi yapma ve kendisine bir bedel ödenmesini koşul koyma nedeniyle aldatılmıştır.

Sonra hayvanı kiralayan kişi, hayvanın öldüğü yere kadar olan ücreti ödemekle yükümlüdür. Çünkü akde göre söz konusu olan şeyi elde etmiştir. Bu mülkiyet açısından değil, ücret açısındandır. Çünkü menfaatin bir değer ifade etmesi kira akdi yapması nedeniyle olmuştur. Ücret de aynı nedenle gerekli olmaktadır.

Ticaret yapmasına izin verilmiş köle ile, kazandığını efendisine ödeyen kölenin, binek hayvanını ödünç olarak vermelerinde bir sakınca yoktur.

Kıyasa göre bunu yapamazlar. Çünkü ödünç vermek bir teberrudur. Köle ise buna ehil degildir. Çünkü kölenin teberrusu başkasının mülkiyeti üzerinde gerçekleşmektedir. Diğer taraftan yalnızca ticaret konusunda kendisinden kısıtlılık kaldırılmıştır. Ödünç vermek ise ticaretle ilgili değildir. İstihsana göre ise bunlar ticaretle ilgili konulardandır. Şöyle ki; ticaret yapan bir kişi mutlaka ödünç vermek zorunda kalır. Çünkü bir kişi kendisi ile işlemde bulunmak istediğinde tâcir mutlaka onu dükkanına oturtacak veya kendisinin oturması için minder/yastık verecektir. Bu işlem, o bölgeyi kendisine ödünç olarak vermektir. Yine ticaretle uğraşan kişiden terazisi veya terazinin ağırlık ölçüleri ödünç olarak istenilebilir. Eğer bunları başkasına vermezse, başka kişilerden ödünç istediğinde onlar da buna vermezler.

Ticaret yapmasına izin verilmiş olan köle; küçük çaplı ziyafet vermek ve mücahitlere hediyeler vermek gibi ticaretle ilgili bulunan şeyleri yapmaya yetkilidir.

Bu konuda delil şudur; Peygamber (s.a.v.)'den rivâyet edildiğine göre o kölelerin davetlerine giderdi. Ebû Useyd'in özgür kıldığı Ebû Saîd (r.a.)'in hadisinde yer aldığına göre o şöyle demiştir: "Ben köle iken evlendim ve Ebû Zer (r.a.)'in de bulunduğu sahâbeden (r.a.) bir grubu davet ettim. O da benim davetime icabet etti." Zahit olmasına rağmen Ebû Zer'in kölenin davetine uyması, kölenin davet verebileceğine delildir. [11/147]

Gelirini efendisine ödemesi kendisine emredilmiş bulunan köle de ticaret yapma konusunda izinlidir.

Çünkü ancak kazanmak suretiyle gelirini ödeyebilir. Efendinin ona gelirini ödemesini emretmesi çalışıp kazanma konusunda ona izin vermesi anlamına gelir.

Ticaret yapmasına izin verilmiş bir köle bir binek hayvanını kiraya verse, hayvan kiralayanın binmesi ile ölse, daha sonra da hayvanın gerçek sahibi ortaya çıkarak hayvanın değerini kiralayana ödettirse, hayvanı kiralayan kişi ödediği tazminatı tıpkı özgür bir kişiden geri aldığı gibi ticaret yapmasına izin verilen köleden de geri alır.

Çünkü köle, kira bedelinin kendisine ödenmesini koşul koyunca kiralayan aldatılmış olmaktadır. Ticaret yapan köle tıpkı özgür gibi aldatma nedeni ile olan tazminatı ödemekle yükümlüdür.

Böylelikle bizim sonraki âlimlerimizden bazılarının şu husustaki hataları da ortaya çıkmış olmaktadır. "Aldatma nedeni ile olan ödeme, kefalet yolu ile olan ödeme gibidir. Aldatan kişi aldanana şöyle demiş olmaktadır: Senin bu hayvana

binmen veya satılan bir cariyede bu cariyeyi ümmü veled yapman nedeni ile herhangi birisi sana bunların değerini ödettirecek olursa, ben bunu sana öderim."

Bu görüşü savunan âlimler hatalıdır. Çünkü eğer bu ödeme kefillik nedeni ile olsaydı ticaret yapmasına izin verilen kölenin bununla sorumlu tutulmaması gerekirdi. Çünkü ticaret yapmasına izin verilen köle kefalet ödemesi ile sorumlu tutulmaz. Burada izlenmesi gereken yol şudur; bedelli bir akit yapan kişi akde söz konusu olan şeyin her türlü kusurdan uzak olmasını yüklenmiştir. Malın gerçekte başka bir sahibinin bulunmasından daha büyük bir kusur yoktur. Kişinin ödediğini köleden geri alması da bu nedenledir. Sonra köle bedelli akit olan ticaret ile malın kusurdan uzak bulunmasını yüklenme bakımından özgür gibidir.

Kısıtlama altında olan bir köle, kendisi gibi bir köleye bir binek hayvanını ödünç olarak verse, diğer köle de buna binse ve hayvan onun elinde telef olsa daha sonra da hayvanın gerçek sahibi ortaya çıksa, bunlardan dilediğine hayvanın değerini ödetebilir.

Çünkü bu kölelerden birisi onun mülkünü diğerine teslim etmekle gasbeden konumunda bulunmakta, diğeri de başkasının mülkünü kullanmakla onu telef etmiş olmaktadır. Hayvanın sahibi, hayvana binen köleye değeri ödettirirse, ödünç veren kişi tarafından bir aldatma bulunmadığı için binen ondan ödediğini geri alamaz. Diğer taraftan ödünç veren köle kısıtlama altındadır. Sözlü tasarrufları nedeni ile ona ödeme yaptırılamaz. Mal sahibi ödünç verene ödetirse, bu kölenin efendisi hayvana binen kölenin değerinden bu parayı geri alır. Çünkü ödünç veren ödemeyi gerektiren bir şey yaptığında mala sahip olmuş olmaktadır. Kölenin mülkü ise efendisine aittir. Şu durumda hayvana binen köle gerçekte rızası olmadığı durumda diğer kölenin efendisinin malını telef etmiştir.

Aynı şekilde hayvan, ödünç verenin efendisine ait olsa bu kişi binen kişiye hayvanının değerini ödetebilir.

Çünkü kısıtlı kölenin verdiği izin, efendisinin hakkını düşürme konusunda dikkate alınmaz. Dolayısıyla hayvana binen kişi, sahibinin izni olmadan binmiş olmaktadır. Bu nedenle de gasbeden durumunda olup, ödemekle yükümlü olur.

Ödünç alınan hayvanın karnındaki yavrunun ölmesi

Bir kişi gebe bir hayvanı ödünç olarak alsa da hayvana sert davranmadığı halde, hayvan karnındaki yavruyu düşürse ödünç alana ödeme gerekmez.

Çünkü normal binme sonucu hayvan ölmüş olsaydı, kişinin ödemesi gerekmezdi. Karnındaki hayvanın ölmesi durumunda hiç ödemez.

Kişi hayvana vurarak onun gözünü çıkarsa veya gemini sert çekmesi nedeni ile hayvan ölse değerini eder.

Çünkü ödünç alan yaptığı fiille hayvanı telef etmiştir. Mal sahibi ona hayvana vurması için değil, binmesi için izin vermiştir.

Silahların ödünç alınması

Kişi savaşmak üzere birisinden bir silah (kılıç, mızrak) ödünç alsa; kılıç ile vurduğunda kılıç ortadan ikiye kırılsa veya mızrağı attığında mızrak kırılsa kendisine ödeme gerekmez.

Çünkü ödünç alanın bu savaş âletlerini kullanmasına izin verilmiştir. Bu âletleri kullanmak da ancak belirtilen şekillerde olur.

Eğer silahı bir taşa vursa ödemesi gerekir.

[11/148]

Çünkü ödünç veren kişi silah ile savaşması için izin vermiştir. Savaşmak taşla değil, düşmanla olur. Kılıç ile taşa vurmak âdetten de değildir. Bundan dolayı kılıcın değerini öder.

Ödünç alan kişi sıhhatli iken veya ölüm hastalığı sırasında 'bende bulunan ödünç telef oldu' dese yeminle birlikte onun sözü kabul edilir.

Çünkü o bu konuda tıpkı emanet alan gibi sözüne güvenilecek kişidir. Ölüm hastalığında olmakla onun emin olma hükmü değişikliğe uğramaz.

Bir kişi ödünç olarak veya kiralamak suretiyle aldığı binek hayvanının üzerinde bulunsa ve sokakta ondan inerek namaz kılmak için mescide girse, bu sırada hayvanı serbest bıraksa ve hayvan telef olsa hayvanın değerini gerekir. Aynı şekilde hayvanın üzerindeki yükü evine koyarken hayvanı yolda serbest bıraksa ve hayvan telef olsa öder.

Çünkü ödünç alan kişi bu hayvanı koruyucusu olmaksızın korumasız bir yerde terk etmekle telef etmiştir. Bizim âlimlerimizden bir kısmı (rh.a.) şöyle demişlerdir: "Bu hüküm, ödünç alan kişi hayvanı bağlamadığında geçerlidir. Eğer hayvanı bağlarsa ödemesi gerekmez. Çünkü bu örfe uygun bir davranıştır. Ödünç alan kişinin bunu yapmaktan başka çaresi yoktur." En doğrusu ödünç alan kişi hayvanı gözünün önünden uzak tutmakla öder. Nitekim Muhammed (rh.a.) şöyle demiştir: "Görmez misin, kişi çölde olup namaz kılmak için hayvandan inse ve hayvanı elinde tutsa, hayvan birden onun elinden kurtularak kaçsa ödemesi gerekmez." Bundan anlaşılmaktadır ki ödünç alan kişi hayvanı koruyor sayılması için onu gözünden yitirmemesi gerekir. Hayvanı gözünden yitirdiğinde bağlamış olsa bile korumuş olmaz. Bilakis korumayı terketme nedeni ile onu yitirmiş etmiş olur. Bundan dolayı da değerini öder.

Ödünç hayvanı sulamak için belirlenen bölgenin dışına götürmek

Kişi Kûfe'deki kasabalardan bir kasabada işini görmek üzere hayvanı ödünç olarak alsa ve hayvanı sulamak için Fırat'a götürse, gitmek istediği yer ise bu bölgeden başka bir yer olsa, bu durumda hayvan telef olursa, kendisine izin verilen bölgenin dışında hayvanı elinde bulundurması veya sulama yerine kadar ona binmesi nedeni ile değerini öder.

"Bunu hayvanın yararı için yapmıştır" denemez. Çünkü bu hususta sahibi izin vermedikçe başkasının mülkü üzerinde bunu yapma yetkisi yoktur. Sahibi ona

sulama konusunda izin vermemiştir. Diğer taraftan bu kişi hayvanı gitmek istediği bölgede de sulayabilir. Çünkü su her tarafta bulunmaktadır.

Ödünç veren kişi, hayvanını onun kendisine ait olduğunu iddia eden birisinin elinde bulursa, bu konuda hayvanı elinde tutan onun sahibine davacı/davalı hasım olur.

Çünkü hayvan onun elindedir. O hayvanın kendisine ait olduğunu iddia etmektedir. Bu hususta malı elinde bulunduran malın gerçek sahibine hasım olabilir.

Hayvanı elinde bulunduran kişi "senin ödünç olarak verdiğin falanca kişi bu hayvanı bana emanet bıraktı" derse aralarında dâva söz konusu olamaz.

Çünkü her iki taraf malın bu kişinin eline ödünç alan tarafından verildiğini kabul etmektedir. Ödünç alan kişi hazır olsa bile iddiacıya hasım olmazdı. Çünkü o malı iddiacıdan ödünç olarak almıştır. Aynı şekilde mala hâkimiyet bakımından onun yerini alan kişi de iddiacıya hasım olamaz. Diğer taraftan her iki taraf, malı elinde bulunduran kişinin malı koruyan bir emanetçi olduğu konusunda müttefiktir. Dolayısıyla bu kişi hasım olamaz.

Ödünç alınan malın satılması

Ödünç alan kişi hayvanı bir kimseye satsa, veya ödünç alanın ölümünden sonra onun vasiyet görevlisi (vasîsi) satsa, sahibi de hayvanı geri alsa ve hayvanın kendisine ait olduğuna dair tanık getirse hayvanın ona ait olduğuna hükmedilir. Hayvanı satın alan kişi ödediği bedeli satıcıdan geri alır.

Çünkü malın gerçek sahibinin başkası olduğu ortaya çıkınca satım akdi geçersiz olmuştur.

Ödünç veren kişi elbisesini geri ister de ödünç alan vermezse ve elbise onun elinde iken telef olursa bunun değerini öder.

Çünkü mal sahibi istediğinde geri vermemekle gasbeden olmuştur. Malı geri vermeye engel olmamakla birlikte "yarına kadar onu benim yanımda bırak" derse ve mal sahibi buna razı olursa mal telef olduğunda kendisine ödemesi gerekmez. Çünkü mal sahibi buna razı olmakla ödünç akdini yenilemiş olmaktadır. Bu nedenle ödünç alan malı ertesi güne kadar elinde tutmakla, mütecaviz olmuş olmamaktadır.

[11/149]

Ödünç istemek üzere elçi göndermek

Bir kişi bir başkasından hayvanını Hîre şehrine gitmek üzere ödünç olarak vermesi için bir elçi gönderse, elçi hayvan sahibine gelerek "falanca kişi Medîne'ye kadar gitmek üzere hayvanını senden ödünç istiyor" dese, hayvan sahibi de hayvanı verse, sonra ödünç alan kişi (Hîre'ye değil) Medine'ye gitmek istese ve elçisinin hayvan sahibine ne söylediğini

bilmeksizin hayvana binerek Medine'ye doğru yola çıksa, hayvan kendisinin elinde telef olsa hayvanın değerini ödemesi gerekmez.

Çünkü o, hayvanı sahibinin izni ile kullanmıştır.

Hîre'ye doğru hayvana binse de hayvan telef olsa değerini öder.

Çünkü o, hayvanın sahibinin izin verdiği bölgeyi geçmiştir. Dolayısıyla sahibinin izni olmaksızın kullanmıştır.

Bu hükmün gerekçesi şudur: Ödünç alanın zannına değil, mal sahibinin iznine itibar edilir. Mal sahibi de elçinin istediği yere kadar izin vermiştir.

Hayvanın değerini ödemesinden sonra ödünç alan kişi, elçiden bir şey alamaz.

Çünkü elçi ödeme akdinde bulunmamıştır. O yalnızca kendisine bir haber vermiş, yahut da hiçbir şey bildirmemiştir. Onun yaptığı, elçiliği emredildiği şekilde yerine getirmemektir. Bu ise kendisine ödemeyi gerekli kılmaz. Bu hususta kira da ödünç gibidir.

Hayvanı kullananın ödünç, hayvan sahibinin gasbı iddia etmesi

Kişi "sen bana hayvanını ödünç olarak verdin ve hayvan da öldü" dese, hayvanın sahibi de "sana hayvanı ödünç olarak vermedim, sen onu gasbettin" dese, diğer kişi hayvana binmemişse hayvanın değerini ödemez.

Çünkü bu kişi, mal sahibinin malı üzerindeki bir fiilini ikrar etmiştir. Bu, kendisine ödemeyi gerektirmez. Mal sahibi ise ödeme nedeni olan gasbı iddia etmektedir. Bu durumda inkar edenin sözü kabul edilir.

Eğer kişi hayvana binmiş ise hayvanın değerini öder.

Çünkü ödemeyi gerektiren durum, yani başkasının hayvanını izinsiz olarak kullanmak meydana gelmiştir. Ödeme borcunu kaldıran izin, hayvana binenin iddiası ile sabit olmaz.

Bir tarafın ödünç, diğer tarafın kira iddiasında bulunması

Hayvanın sahibi "onu sana kiraya verdim" dese, yemin ile birlikte hayvana binenin sözü esas alınır.

Çünkü her iki taraf da hayvana binmenin izinle gerçekleştiği konusunda hem fikirdir. Hayvan sahibi ücret talebinde bulunmaktadır, hayvana binen ise bunu inkar etmektedir. O, bunu inkar ettiği için kendisinin sözü esas alınır.

Bu mesele malın kendisi konusundaki ihtilaftan farklıdır. Şöyle ki; bir başka kişinin malı kişinin elinde telef olduğunda, malı elinde tutan "sen onu bana hibe etmiştin" dese, mal sahibi de "ben onu sana satmıştım" dese mal elinde telef olan değerini öder. Çünkü mal bizzat değer taşımaktadır. Sahibinin malın değeri üzerindeki hakkı ancak kendisinin tasarrufu ile düşer. Yarar ise kira akdi ile değer kazanmaktadır. Hayvan sahibi bunu iddia etmekte, hayvana binen ise inkar etmektedir. Bu nedenle inkar edenin bir şey ödemesi gerekmez.

Bir kişi bir arazinin veya hurmalığın kendisine ait olduğuna dair tanık getirse, söz konusu yerin gelir ve meyvesini de orayı elinde bulunduran kişi almış olsa, elde ettiği şeyin değerini öder.

İbn Ebi Leyla onun bir şey ödemesinin gerekmeyeceğini söylemiştir. Çünkü meyve, ağaçlardan meydana gelen bir yarardır. Tıpkı hayvanın yararında olduğu gibi burada da ortada ödeme akdi olmadıkça yararın ödenmesi gerekmez.

Biz Hanefiler ise şöyle demekteyiz: Meyve değer taşıyan bir maldır. Onu satmanın caiz olması da bunun delilidir. Meyve ağaç sahibinindir. Çünkü onun mülkünden çıkmaktadır. Bu nedenle onları elde eden kişi, tıpkı cariyenin çocuğunu ve koyunun yavrusunu telef etmesi durumunda olduğu gibi burada da telef nedeni ile öder.

Araziyi gasbedip ekmek

Bir kişi bir araziyi gasbederek oraya bir şey ekse, ektiği şey kendisine ait olur.

Çünkü bu ekin kendisine ait tohum ile ve kendi çalışması sonucu oluşmuştur. Ancak kişi bir cariyeyi gasbedip onu gebe bıraktığında durum farklıdır. Çünkü bu durumda çocuk cariyenin sahibine ait olur. Çünkü çocuk gasbedenin cinsel ilişkide bulunma fiili ile değil cariyenin rahminde koruma altında bulunmakla meydana gelmiştir. Erkeğin menisi, kadının menisi ile karıştığında onun içinde kaybolmaktadır. Diğer taraftan çocuk anasının bir parçası hükmündedir. Ana, bütün kısımları itibarı ile gasbedilene aittir. Ekin ise arazinin bir cüzü değildir. Görmez misin "gasp" konusunda belirttiğimiz üzere ekin, tohum ile aynı cinstendir. Çiftçinin emeği sonucu yetişmektedir. [11/150]

Bu durumda biz Hanefilere göre tarlayı eken kişi, bunun sonucu tarlada meydana gelen eksilmeyi öder.

İbn Ebi Leyla (rh.a.)'ya göre ise kendisine ödemesi gerekmez. Çünkü akar, gasp ile ödenmez. Tarlada meydana gelen eksilme gasbedenin fiili sonucu oluşmamıştır. Çünkü bu eksilme yararın ve tarladan elde edilen ürünün azalması bakımındandır. Yarar ise gasbeden tarafından ödenmez

Biz Hanefiler ise şöyle demekteyiz: Tarlayı eken kişinin fiili olan ekme sonucu arazinin değeri azalmıştır. Dolayısıyla da eksilme oranında telef edilmiştir. Akar, telef nedeni ile ödenir. Nitekim kişi binaları yıksa veya ağaçları sökse bunları öder.

Ebû Hanîfe ve Muhammed (rh.a.)'e göre tarlayı eken kişi; tohumunun miktarı kadar ekin ile, bunun yetişmesi için yaptığı masrafları ve tarlada meydana gelen eksilme için ödeyeceği miktarı ekin içinden alır. Fazlasını sadaka olarak verir.

Çünkü bu ekin, temiz olmayan/kirli bir kazanç yolu ile elde edilmiştir.

Ebû Yusuf ve İbn Ebi Leyla (rh.a.)'ya göre ise hiçbir şeyi sadaka olarak vermesi gerekmez.

Çünkü bu ekin onun ekmesi sonucu meydana gelmiştir. Bu, mal kazanmak için meşru bir yoldur. Biz bu meseleyi "gasp" konusunda açıklamıştık.

Bir yıllığına kiralanan tarlanın iki yıl ekilmesi

Kişi bir yıllığına bir araziyi kiralasa ve iki yıl boyunca orayı ekse kendisine yalnızca ilk yılın ücretini vermek gerekli olur.

Çünkü o, geçerli bir akdin hükmüne dayanarak akde söz konusu olan şeyi elde etmiştir.

İkinci yıl yaptığı ekim nedeni ile tarlada meydana gelen eksilmeyi de ödemesi gerekir.

Çünkü bu fiili ile gasbeden konumuna düşmüş bulunmaktadır.

Ebû Hanîfe ve Muhammed (rh.a.)'e göre tıpkı daha önceki meselede olduğu gibi fazlalığı sadaka olarak verir.

İbn Ebi Leyla'ya göre eken kişi ikinci yıl için tarlanın emsal kira bedelini öder. Çünkü görünüş itibarıyla bu kişi ilk yıl yaptığı akde binaen, ikinci yıl tarlayı ekmiştir. Sahibi bu nedenle kendisine karışmamıştır. Akit açık olarak kurulabileceği gibi delalet yolu ile de kurulabilir. Bundan dolayı eken kişiye ikinci yıl için emsal kira bedeli gerekli olur.

Muhammed (rh.a.) "Ödünç" kitabını daha önce "Zekat" kitabında andığı bir mesele ile bitirmektedir. O da şudur:

Başkasına ait arazide bulunan hazinenin durumu

Bir kimse bir başkasının evinde hazine bulsa, bunun beşte birini devlet hazinesine verir. Ebû Hanîfe ve Muhammed (rh.a.)'e göre kalan beşte dört ise arazinin sahibine ait olur. Ebû Yusuf ve İbn Ebi Leyla (rh.a.)'ya göre ise bu kısım bulana ait olur.

Ebû Yusuf (rh.a.), Ebû Hanîfe ile İbn Ebi Leyla (rh.a.) arasında ihtilaflı bulunan bu meseleyi bu kitap (ödünç) ile "vedia" kitabının sonunda anmıştır. Çünkü onlardan her biri kendisinin hocasıdır. Şöyle ki, Ebû Yusuf önceleri dokuz yıl boyunca İbn Ebi Leyla'nın derslerine devam etmiş, onun öğrencisi olmuştur. Daha sonra ise Ebû Hanîfe'nin öğrencilerinden olmuş ve dokuz yıl boyunca da onun derslerine devam etmiştir. İşte bundan dolayı bazı meselelerde her iki hocasının görüşlerini belirtmeyi istemiştir. Bu nedenle bu konuları anmıştır.

Allahu Subhanehû ve Teâlâ doğruyu en iyi bilir. Dönüş de ancak O'nadır.

Allah, ümmî peygamber Muhammed (s.a.v.)'e ve onun ailesi ve ashabına salât ve selam eylesin.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَٰنِ الرَّحِيمِ

ŞİRKET

(كتاب الشركة)

[11/151]

Büyük, zâhid; Şemsü'l-eimme, İslâm'ın övüncü Ebû Bekr Muhammed İbn Ebî Sehl es-Serahsî (r.a.) yazdırmak suretiyle şunları söyledi:

Şirketin (ortaklığın) caiz olduğunun delili şudur; rivâyet edildiğine göre Sâib İbn Şüreyk, Resûlüllah (s.a.v.)'a gelerek "beni tanıyor musun?" diye sordu. Peygamber (s.a.v.) de

Şirketin câiz olmasının delili

وكيف لا أعرفك ، وكنت شريكي ، وكنت خير شريك لا تداري ، ولا تماري

"Seni nasıl tanımam? Sen benim ortağımdın. En hayırlı ortaktın. Ne gizli düşmanlık besler ne de açıktan mücadelede bulunurdun"[118]

Resûlüllah (s.a.v.), peygamber olarak gönderildiğinde insanlar kendi aralarında şirket akdi yapıyorlardı. Peygamber onları bulundukları durum üzere bıraktı. İnsanlar Resûlüllah (s.a.v.)'tan günümüze kadar bunu herhangi bir kişinin yadırgaması olmaksızın uygulamışlardır.

İki çeşit şirket vardır: Mülk şirketi ve Akit şirketi

Şirket Çeşitleri

a. Mülk Şirketi: İki kişinin bir malın mülkiyetine sahip olma konusunda ortak olmasıdır. Bu da iki çeşittir:

1. Ortakların fiili olmaksızın kendiliğinden meydana gelen ortaklık. Ölenin mal varlığı üzerinde, taksimden önce, mirasçıların ortak sayılması gibi

2. Ortakların fiili ile meydana gelen ortaklık. Birden çok kimsenin bir malı birlikte satın alması veya bir sadakayı yahut lehlerine yapılan vasîyeti birlikte kabul etmesiyle oluşan ortaklık bu niteliktedir.

Her iki kısmın hükmü birdir. Bu da, meydana gelen fazlalık iki kişi arasında mülkleri oranında ortak olur. Ortaklardan her biri diğer ortağın payında tasarrufta bulunma konusunda yabancı bir kişi (üçüncü kişi) konumundadır.

b. Akit Şirketi: Akit şirketinde caiz olan dört çeşit bulunmaktadır: Mufâvada, İnan, Vücûh ve Tekabbul şirketleri. Tekabbul şirketine Ebdan ve Sanai' şirketi de denir.

---

[118] Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, III/425; İbn Mâce, Ticârât 63; Ebû Dâvûd, Edeb 20; Hâkim, *Müstedrek*, II/69; Taberânî, *el-Mu'cemü'l-kebîr*, V/273, V/179; Ebû Nuaym, *Hilyetü'l-evliyâ*, IX/48.

İnan Şirketi

İnân'a gelince; bu lafız عَنَّ لِي كَذا "Falanca iş bana arız oldu" sözünden alınmıştır. İmriü'l-Kays şöyle demiştir:[119]

Bu beyitte عَنَّ kelimesi ile kastedilen "ârız oldu" demektir. Bazı Kûfeliler, bunu Kûfelilerin ortaya koyduğunu, Arapların bunu söylemediğini zannetmişlerdir. Halbuki Nâbiğa el-Ca'dî şöyle demiştir:

"Biz takvâları ve nesepleri konusunda Kureyş'e İnan şirketi ile ortak olduk."[120]

Denildiğine göre bu kelime binek hayvanının yularından alınmıştır. Şu anlamda ki; hayvana binen kişi bir eli ile yuları tutar. Diğer eliyle de işini yapar. Ortaklardan her biri de mallardan bir kısmında tasarrufta bulunma konusunda yuları arkadaşına vermekte, bir kısmında ise vermemektedir. Veya şu anlamda; hayvanın biri uzun diğeri kısa olan iki ipi vardır. İnan şirketinde de ortakların sermaye ve kârda eşit ve farklı olmaları caiz olduğundan bu şekilde isimlendirilmiştir.

[11/152]

Mufâvada şirketi

Mufâvada'ya gelince; denildiğine göre bu kelime "Tefvîz" sözcüğünden türetilmiştir. Çünkü ortaklardan her biri ticaret malının tümü üzerindeki tasarrufu diğerine devretmektedir.

Bir başka görüşe göre ise bu kelime yayılma anlamına olan فاض kelimesinden türetilmiştir. Çünkü su etrafa saçıldığında فَاضَ الْمَاءُ denir. Yine إِسْتَفَاضَ الْخَيْرُ *"Hayır yaygınlaştı"* denilir. Bu akit, bütün tasarruflarda yayılma ve açık olma üzerine kurulduğundan "mufâvada" diye isimlendirilmiştir.

Diğer bir görüşe göre bu kelime "eşitlik" anlamına gelmektedir. Nitekim şâir şöyle demiştir:[121]

Aralarında üstün olmaksızın insanların birbirine eşit olması onları düzeltmez.

Onların cahilleri başkan olduğunda da üstünlük olmaz.

Bu akit; mal ve kârda eşit olma üzerine kurulduğundan bu şekilde isimlendirilmiştir.

Vücûh Şirketi

Buna "mefâlîs şirketi (malı olmayanların kurduğu ortaklık)" de denir. Bu, iki kişinin ortaya sermaye koymaksızın borç olarak bir şey satın alıp onu satmaları suretiyle kurdukları bir şirkettir. Vücûh (kredi ve itibar) şirketi diye isimlendirilmesinin nedeni; ortakların ortaya kendi kredilerini koymalarıdır. Çünkü insanlardan, ancak onlar nezdinde kredi ve itibara sahip olan kişiler borç olarak mal alabilirler.

Tekabbül Şirketi

Tekabbül şirketi, iki kişinin bir işi kabul ederek yapma konusunda ortak olmasıdır. Bu da terzi ile çamaşırları beyazlatan kişi vb. kişiler arasında olur. Buna

---

[9] فَعَنَّ لَنا سِرْبٌ كَأَنَّ بِعَاجَهُ عَذارَى دَوَارٍ فِي مُلاءٍ مُذَيَّلِ

[20] وَشارَكْتَنا قُرَيْشٌ فِي تُقاهَا وَفِي أَحْسابِهَا شَرِكُ العَنانِ

[21] لا تَصْلُحُ النّاسُ فَوضى لا سَراةَ لَهُمْ وَلا سَراةَ إِذا جُهّالُهُمْ سادُوا

"ebdân şirketi" de denir. Çünkü burada ortaklar bedenleri ile çalışmaktadırlar. Yine bu ortaklığa شركة صنائع "Sanâî' şirketi" de denir. Çünkü ortakların sermayeleri sanatlarıdır.

İnan şirketi ile ilgili hükümler

İnan şirketi iki ortaktan her birinin ortaya koyacağı sermayede ortak olmaları ile meydana gelir. Bunun akit sırasında veya en geç, şirket adına mal satın alırken olması koşuldur. Bir ortaklığın ortada olmayan veya başkasının zimmetinde bulunan alacak şeklindeki sermaye ile kurulması geçerli olmaz.

Ortakların sermayelerini karıştırması

Biz Hanefîlere göre bu şirketin caiz olması için iki tarafın sermayesinin birbirine karıştırılması koşul değildir.

Şâfiî (rh.a) bunun koşul olduğunu söylemiştir. Bu görüş Züfer (rh.a)'den de rivâyet edilmiştir.

Şâfiî (rh.a)'nin kabul ettiği prensibe göre aslolan mülk şirketidir. Akit şirketi bunun üzerine kurulur. O şöyle demektedir: "Şirket, karışımı ifade etmektedir. Bu da ancak mülkiyette olur. Her akitte göz önüne alınması gereken şey bu akdin isminin gerektirdiği anlamdır. Nitekim havale, kefalet ve sarf akitlerinde de böyledir. Ortaklar karşılıklı olarak mallarını birbirinden ayırt edilemeyecek şekilde karıştırdıklarında mülkiyette ortaklık meydana gelmiş olur. Akit şirketi de bu ortaklık üzerine dayandırılır. Oysa sermayeler karıştırılmadan önce mülkiyette ortaklık meydana gelmemiştir. Bu nedenledir ki onlardan birinin sermayesi telef olduğunda, yalnızca kendi hesabına telef olmuş olur. Dolayısıyla akit şirketi de kurulmuş olmaz. Çünkü burada karıştırma özelliği doğrudan bulunmamış olur."

Biz Hanefîlere göre ise akit şirketi vekâleti gerektirir. Yani ortaklardan her biri diğerinin ortaya koyduğu sermaye ile mal satın alma konusunda onun vekili olur. Bu nedenle akit sırasında veya satın alma sırasında sermayenin ortaya konmasını koşul koyduk. Çünkü kendi parası ile mal satın almaya vekil kılmak ancak bu şekilde yerine gelir. Çünkü para belirlenmeden yapılan satın almada, vekil malı kendi zimmetinde olan şey karşılığında satın almış olur. Bu çeşit vekâlet iki tarafın sermayelerini karıştırma olmaksızın da geçerli olur. Şirketin gerektirdiği karışım özelliği, sermayenin kendisinde değil sermaye ile satın alınan malda ve kârda olur. Bunun için sermayelerin karıştırılmasına ihtiyaç yoktur.

Bu prensibe göre ortaklardan birinin sermayesi dirhem diğerininki de dinar olsa biz Hanefîlere göre aralarında geçerli olarak ortaklık gerçekleşir. [11/153]

Züfer ve Şâfiî (rh.a.)'ye göre ise gerçekleşmez.

Aynı şekilde ortaklardan birinin sermayesi siyah dirhem, diğerininki de beyaz dirhemlerden oluşsa bize göre şirket olur.

Züfer ve Şâfiî (rh.a)'ye göre olmaz. Çünkü burada ortaklar sermayelerini birbirine karıştırmadıklarından mülk ortaklığı meydana gelmemektedir.

Züfer (rh.a)'in sermayelerin karışımını koşul koydugu yolundaki rivâyet esas alınırsa bu durumda şirketin kurulmayacağı açıktır. Karışımın koşul olmadığı yolunda kendisinden nakledilen rivâyet esas alınırsa, andığımız durumlarla ilgili olarak şunları söyleriz: Paralardan birinin satın alma gücünün düşmesi nedeniyle kâr yalnızca birisinin sermayesinde meydana gelebilir. Bu da ortaklığı gerektirir.

Bize göre inan şirketi vekâleti gerektirir. Bu, ortaya sermaye olarak konan paraların cinsleri farklı olsa da geçerlidir. Nitekim ortaklar; onlardan birinin dirhemlerle satın aldığı malın ve diğer ortağın dinarlarla satın aldığı malın aralarında ortak olması koşuluyla birbirine vekil olduklarını açıkça ifade etseler, bu geçerli olurdu. İşte aynı şekilde belirttiğimiz niteliklerle da geçerli olarak kurulmuş olur.

Mufâvada şirketi ile ilgili hükümler

Biz Hanefîlere göre mufâvada şirketi caizdir.

Malik (rh.a.) "Mufâvada şirketinin ne olduğunu bilmiyorum" demiştir. Şâfiî (rh.a.) de "Dünyada bozuk bir akit varsa o da mufâvadadır" demiştir. Yine o "Mufâvada bir çeşit kumardır" demiştir. Malik'in yukarıdaki sözle kastettiği "bunun dilde hangi anlama geldiğini bilmiyorum" demek ise, biz bu sözcüğün nereden geldiğini açıkladık. Eğer "dinen ne olduğunu bilmiyorum" demek istemiş ise Resûlüllah (s.a.v.) şöyle buyurmuştur:

تعاوضوا فإنّه أعظم للبركة

"*Mufâvada ortaklığı yapın. Çünkü ondaki bereket çok büyüktür.*"[122]

Yine Peygamber (s.a.v.) "*Mufâvada ortaklığı kurduğunuzda, bu ortaklığınızı güzel bir şekilde yapın.*" buyurmuştur.

Şâfiî (rh.a) ise mufâvadayı kabul etmeme konusunda kendi temel prensibinden hareket etmektedir. Buna göre aslolan mülk şirketidir. Mufâvada şirketinin gerekli kıldığı durum, mülk şirketi bakımından asla sabit olmamaktadır. Bundan dolayı Şâfiî mufâvadayı geçersiz kabul ederek şöyle demiştir: "Bu tür ortaklık, bilinmeyen bir kişi için bilinmeyen bir şeye kefil olmayı da kapsar. Şöyle ki; mufâvada şirketinde ortaklardan her biri, diğerinin ticaret nedeniyle girdiği yükümlülüklere kefil olmaktadır. Bilinmeyen bir kişi için bilinen bir şeye kefil olmak geçersiz olduğuna göre bu öncelikle geçersiz olur."

Şâfiî (rh.a.)'nin "mufâvada bir çeşit kumardır" sözü bize değil Sevrî (rh.a.)'nin görüşüne yöneliktir. Çünkü ona göre ortaklardan birisi bir mala mirasçı olduğunda diğeri buna ortak olmaktadır. Halbuki biz bunu kabul etmemekteyiz. Dolayısıyla Şâfiî'nin bu itirazı bize yönelik olmamaktadır.

Mufâvada şirketinin caiz olduğu konusunda bizim delillerimiz şunlardır;

---

[122] İbn Mâce, Ticârât 63; Zeyleî, *Nasbu'r-râye*, III/476.

Bu tür ortaklık ortakların birbirinin kefili ve vekili olmalarını içermektedir. Bunlardan her birini başlı başına yapmak geçerli olduğu gibi, şirket akdinin zımnında yapılması da geçerlidir. Kefilliği geçersiz kılan şey bilinmezlik değil, anlaşmazlığın olmasıdır. Halbuki mufâvada ortaklığında bu durum söz konusu değildir. Çünkü ortaklardan her biri, diğer ortağın ticaret yaparken yüklendiği borçlara kefil olmaktadır. Borcun ödenmesi gerekli olduğunda lehine kefil olunan kişi ile borç bilinir duruma gelmektedir. inan şirketinde kefalet bu ölçüde bilinir durumda değildir. Çünkü bilinmeyen bir şeyi satın alma konusunda vekâlet vermek doğrudan yapılırsa bu geçerli olmaz. Bununla birlikte bu vekâlete rağmen inan şirketi geçerli olmaktadır. Çünkü ortaklardan her birinin satın aldığı şey, akitte belirtilmemiştir. İşte mufâvada şirketinde de aynı durum söz konusudur.

Mufâvada şirketinde akdin koşulları

Ortakların sermayede birbirine eşit olması, ortakların şirkete koydukları sermaye dışında şirket malı olmaya elverişli kendilerine ait paralarının olmaması, kârda eşit olmaları, mufâvada akdinin koşullarındandır. Mufâvada kelimesi eşitlik ifade ettiği için ortaklardan biri diğerinden fazla kâr almayı koşul koyamaz.

[11/154]

Bu rivâyetin açık anlamına göre sermayeleri birbirine karıştırmaksızın da bu şirket geçerli olur. Birbirine karıştırılmayan sermayeler; dinarlar ile dirhemler ve beyaz dirhemlerle siyah dirhemlerdir.

Bir rivâyete göre Züfer (rh.a) sermayeler karıştırılmaksızın bu şirketin kurulmasına cevaz vermemektedir. Züfer (rh.a) şöyle demektedir: "Eğer bu caiz olsa, ortaklardan her biri ortaklık akdinden sonra kendisine ait ayrıca bir mala sahip olmuş olur. Halbuki bu mufâvada akdinde caiz değildir."

Mufâvada şirketinde sermaye

Hasan b. Ziyâd'ın Ebû Hanîfe (rh.a.)'den rivâyet ettiğine göre mufâvada şirketi birbirine karışmayan iki sermaye ile kurulamaz.

Çünkü bu akitte eşitlik koşuldur. Oysa dirhemler ile dinarların, birbirine mal olma niteliği konusunda eşit olmaları ancak bunlara değer biçilmesi ile olur. Bunun yolu da tahmin ile belirlemektir. Faizin söz konusu olduğu malların aynı cinslerinin birbiri ile değişiminde koşul koyulan eşitlik nasıl tahmin ile olamaz ise burada da eşitliğin tahmin ile yapılması dinen caiz değildir.

Ortakların sermayelerinden birisi beyaz dirhem, diğeri siyah dirhem ise ve bunların değerleri arasında fark varsa arada eşitlik olmadığı için *Zahirü'r-rivaye*'ye göre mufâvada akdi caiz olmaz.

İsmail b. Hammad'ın Ebû Yusuf (rh.a.)'tan naklettiğine göre bu durumda caiz olur. Çünkü faizin söz konusu olduğu mallar, aynı cinsten olan mallarla değiştirildiğinde kalite farkı dikkate alınmaz. Yalnızca ağırlık bakımından eşit olmalarına itibar edilir. Nitekim Peygamber (s.a.v.) şöyle buyurmuştur:

جَيِّدها و رديئها سَواءٌ

"Onun iyisi de kötüsü de birdir"[123].

Mufâvada şirketi hangi sözcükle kurulur?

Hasan'ın Ebû Hanîfe'den rivâyet ettiğine göre mufâvada şirketi ancak "mufâvada" sözcüğü ile kurulur. Bu sözcük anılmadığında kurulan şirket genel bir inan şirketi olur. İnan şirketi genel ve özel olabilir.

Bu rivâyeti şöyle yorumlayabiliriz: İnsanların çoğu mufâvada şirketinin hükümlerinin tümünü bilmez. Dolayısıyla bu hükümleri bilmeksizin mufâvada şirketinin hükmüne razı olmaları da gerçekleşmiş olmaz. Akdin kuruluşu sırasında mufâvada sözcüğünü anmak onun hükümlerinin tümünü anmak gibi kabul edilir. Akdi yapan iki taraf mufâvada şirketinin hükümlerini biliyorlarsa, sözcüğü kullanmasalar da mufâvadanın gerektirdiği şeyleri anmak suretiyle akdi yapmaları geçerli olur. Çünkü muteber olan sözcük değil, anlamdır.

Vücûh / kredi şirketi ile ilgili hükümler

Bize göre vücûh / kredi şirketi caizdir.

Şâfiî'ye göre ise geçersizdir. O, bu görüşünü kendi temel prensibi olan "aslolan mülk şirketidir, vücûh şirketinde ise mülk şirketi yoktur" görüşüne dayandırmaktadır.

Biz Hanefîlere göre ise akit şirketi vekâlet yoluyla geçerli olur. Ortaklardan her birinin, satın alınacak şeyin aralarında yarı yarıya veya üçte bir ve üçte iki oranında ortak olması koşuluyla birbirine vekâlet vermeleri geçerlidir. Öyleyse bunu içeren şirket akdi de geçerli olur.

Ancak bu akitte, satın alınan şeyin mülkiyetinde eşitlik olduktan sonra bir tarafın kârdan daha fazla pay almayı koşul koyması geçerli olmaz.

Çünkü kârdan fazla pay almayı koşul koyan ortağın, diğer ortağın payında ne sermayesi ne çalışması ne de ödeme yükümlülüğü bulunmamaktadır. Dolayısıyla kârdan belirli bir miktarı fazladan kendisi için koşul koyması, ödeme yükümlülüğünü üstlenmediği şeyden kâr elde etmek olur. Oysa Resûlüllah (s.a.v.) bunu yasaklamıştır. Ortaklardan biri kârdan daha fazla pay almak istediğinde mesela satın alınan şeyin üçte biri bir tarafa üçte ikisi diğer tarafa ait olacak şekilde, satın alınan şeyin mülkiyeti konusunda ortaklığın eşit olmamasını koşul koyması gerekir. Böylelikle her birisi kendi mülkü oranında kâr elde etmiş olur.

Bu vücûh/kredi şirketi biz Hanefilere göre hem inan hem de mufâvada şeklinde olabilir. Ancak mufâvada olması durumunda hem satın alınan şey hem de kârda eşitlik koşuldur.

Tekabbül/iş şirketi

Bize Hanefilere göre tekabbül / iş şirketi geçerlidir.

Şâfiî (rh.a.) ise "aslolan mülk şirketidir" prensibinden hareketle bunu geçerli görmemiştir. Çünkü iş şirketinde mülk ortaklığı yoktur. Çünkü ortakların iş konusunda sermayelerini birbirine karıştırmaları mümkün değildir.

---

[123] Zeyleî, Nasbu'r-râye, IV/ 47, 76.

Biz Hanefilere göre ise şirketin caiz olması vekillik esasına dayanır. Çünkü ortaklardan her birinin diğerini bir işi kabul etme konusunda vekil belirlemesi geçerlidir. Aynı şekilde bu anlamı içeren şirket akdi de caiz olur. İnsanlar iş ve kredi şirketini Resûlüllah (s.a.v.)'ın zamanından günümüze kadar herhangi bir karşı çıkma olmaksızın uygulaya gelmişlerdir. Şirketin caiz olması konusunda delil budur. [11/155]

Sonra bir ortaklıkta kâra hak kazanma, mudarebede olduğu gibi kimi zaman sermaye ile, kimi zaman da işle olur. Çünkü mudarebe akdinde sermaye sahibi kendi malı ile kârdan hak elde ederken, mudarib (işletmeci) ise işi ile kâr elde etmektedir. Diğer yandan mudarebe akdi aynı zamanda bir kira ortaklığıdır. Bu akdin bağlayıcı olmaması ve sürenin açıklanmasına gerek olmaması da bunu göstermektedir. İki kişi arasında sermaye ile şirket akdi yapılması geçerli olunca, iş itibarı ile ortaklık yapılması da geçerli olur. Çünkü her ikisi ile de (hem sermaye hem de iş ile) kâra hak kazanılmaktadır.

Bize göre ortakların işleri aynı olsun farklı olsun farketmez.

Züfer (rh.a.) ise şöyle demektedir: "Çamaşır yıkayan iki kişi veya iki boyacı gibi, işleri birbirinin aynı olan kişilerin şirket yapması caizdir. Ama birinin çamaşırcı diğerinin de boyacı olması suretiyle ortakların işleri birbirinden farklı olursa, şirket caiz olmaz. Çünkü onlardan her biri, diğer ortağın kabul ettiği işi yapamaz. Bu kendisinin mesleği değildir. Dolayısıyla meslekler farklı olduğunda şirketten beklenen amaç gerçekleşmez."

Biz ise şöyle demekteyiz: Bu ortaklığın caiz olması vekillik esasına dayanır. İşi kabul etme konusunda bu işi güzel bir şekilde yürüten veya edemeyen kişinin başkasını vekil yapması geçerlidir. Çünkü işi kabul eden kişinin işi bizzat yapması koşul değildir. Bunun için yardımcılar veya işçiler tutabilir. Dolayısıyla böyle bir ortaklıkta ortaklar bundan aciz olmadığından bu akit geçerli olmaktadır.

İş ortaklığı (vücûh şirketi) inan şirketi şeklinde olabileceği gibi mufâvada koşullarını bulundurduğunda mufâvada şirketi şeklinde de olabilir.

Bunun anlamı şudur: İş ortaklığı mufâvada şirketi şeklinde olursa ortaklardan her biri, kefillik hükmü gereğince diğer ortağın yüklendiği borçlardan sorumlu olur. Ortaklık inan şirketi şeklinde olursa borçtan dolayı yalnızca tasarrufu yapan kişi sorumlu olur. Diğer ortak sorumlu olmaz. Nitekim vekilliğin hükmü de böyledir.

Bu hususlar anlaşıldıktan sonra şunları söyleyebiliriz:

Şirket sözleşmesinin yazıya geçirilmesi

Muhammed (rh.a.) *"el-Asl"* da "Şirket" ile ilgili bölüme inan şirketini ve ortakların bu şirket akdini aralarında nasıl yazacaklarını açıklamak suretiyle başlamıştır.

Şirket, uzun süre devam eden bir akit olduğundan ortaklar arasında meydana gelecek anlaşmazlıklarda hakem olması için böyle durumlarda yazma müstehaptır.

Nitekim Allahu Teâlâ şöyle buyurmuştur:

﴿ يٰٓأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوٓا إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ ﴾

"Ey iman edenler! Belirlenmiş bir süre için birbirinize borçlandığınız vakit onu yazın." (el-Bakara, 2/282)

Akdi yazıya geçirmekten maksat, işi sağlama bağlamak ve ihtiyatlı olmaktır. Bu nedenle en güvenli bir biçimde yazılmalı, herhangi bir kişinin kusur bulabileceği şeylerden kaçınmalıdır.

Muhammed (rh.a.) daha sonra şöyle demiştir:

Şirket akdi ile ilgili belgeye şöyle yazılır: "Bu, falanca kişi ile falan kişinin ortaklık yaptıkları şeydir."

Koşul koyanların bir tanesi Muhammed (rh.a.)'in bu ifadesini eleştirerek şöyle demiştir: "Burada işaret edilen şey belgedir. En ihtiyatlı olan 'bu falanca ile falancanın ortaklık ettiği şeyin anıldığı belgedir' diye yazılmasıdır. Ancak Muhammed (rh.a.) izlediği metotta kitap ve sünnete uymuştur. Çünkü Allahu Teâlâ şöyle buyurmaktadır:

﴿ هٰذَا مَا تُوعَدُونَ ﴾

"Size vâdolunan şey budur." (es-Sâd, 38/53).

Bu, iyilere vaatte, günahkârlara da tehditte bulunmakla kastedilen şeye işarettir.

[11/156] Resûlüllah (s.a.v.) bir köle satın aldığında şöyle yazılmasını emretmiştir: "Bu, Allah'ın rasulü Muhammed (s.a.v.)'in, Gadd b. Hâlid b. Hevze el-Yehûdî'den satın aldığı şeydir."

Yine Resûlüllah (s.a.v.) Hudeybiye'de sulh anlaşması metninin yazılmasını emrettiğinde Ali (r.a.), Peygamberimiz (s.a.v.)'in emri ile şöyle yazmıştır: "Bu, Abdullah oğlu Muhammed ve Amr oğlu Sehl'in Mekkeliler hakkında yaptıkları sulh anlaşmasıdır."

Şirket akdi yapanlar daha sonra şunları yazarlar: "Bu iki ortak Allah'tan korkma ve emaneti yerine getirme konusunda birbiri ile ortak olmuşlardır."

Çünkü bu akit bir güvene dayanan bir akittir. Akitle amaçlanan şey de kâr elde etmektir. Bu ise Allah'tan korkma ve emaneti yerine getirmekle gerçekleşir.

Daha sonra her bir ortağın sermayesinin miktarı açıklanır.

Çünkü taksim sırasında kârın ortaya çıkması için her birinin sermayesinin bilinmesi gereklidir. Bu nedenle ihtilaf durumunda başvurulmak üzere mutlaka bunun şirket akdi ile ilgili belgede bildirilmesi gereklidir.

Daha sonra şöyle derler "Bu sermayenin tümü bu iki ortağın ellerindedir."

Bu, sermayenin kayıp veya zimmette bulunan alacak olmadığını, aksine kendi ellerinde bulunduğunu ifade eder.

Bazı kişiler sermayelerin birbirine karıştırılmasını, bazıları da sermayenin her iki ortağın elinde bulunmasını koşul koyduklarından güvenceyi sağlamak için bu anılır. Yine ortakların birlikte bu sermaye ile mal satın alıp satacakları ve her birinin uygun gördüğü tarzda sermayede tasarrufta bulunacağı, peşin ve veresiye satışta bulunacağı anılır.

Biz Hanefîlere göre ortaklardan her biri mutlak şirket akdi ile zaten bunları yapma yetkisine sahip olmaktadır. Ancak bazı âlimler, şirket akdi sırasında açıkça ifade edilmedikçe, ortakların her birinin bu hakka sahip olamayacağını söylediklerinden bundan kaçınmak için bu şekilde yazılır.

Daha sonra şu belirtilir: "Bu ortaklıkta elde edilen kâr, ortaklar arasında sermayeleri oranında dağıtılacaktır. Zarar ve ziyan da aynı şekildedir."

Zararın, sermaye oranları dışında olmasını koşul koymanın geçersiz olduğunda ihtilaf yoktur. Biz Hanefîlere göre kârı sermaye oranlarından farklı şekilde koşul koymak geçerlidir. Şâfiî (rh.a.)'ye göre ise daha sonra açıklayacağımız üzere geçerli değildir. Ali'nin ortağı ile yazdığı anlaşmaya göre o şöyle demiştir: "Kâr aralarındaki anlaşmaya göre zarar ise sermayeye göredir." Bu, ihtilaftan uzak olması nedeniyle belirtilir. Şirket akdine, ancak aralarındaki koşul bu şekilde ise bu ifade yazılır.

Daha sonra belgeye şu yazılır: "Bu iki ortak bu konuda falanca yılın falan ayında ortaklık yapmışlardır."

Tarihi belirtmekle anlaşmazlıklara son verilmiş olur. Bu durumda ortaklardan hiçbirisi bu tarihten önce satın aldığı şey konusunda kendisi için bir hak iddia edemez.

Mal şirketinde kâr ve zararın ortaklar arasında dağılımı konusunda temel esaslar

İslâm'da Peygamber (s.a.v.)'in hicretinin tarih başlangıcı sayılması Ömer (r.a.) döneminde olmuştur. Şöyle ki; Ömer (r.a.) sahâbe ile hangi vaktin tarih başlangıcı olacağı konusunda istişâre etti. Onlardan bir kısmı Resûlüllah (s.a.v.)'ın doğumunun, bir kısmı Peygamber'in peygamber olarak gönderilmesinin, bir kısmı ölümünün esas alınmasını söyledi. Daha sonra da tarih başlangıcı olarak hicretin esas alınmasında görüş birliği ettiler. Bu, insanların günümüze kadar uygulayageldikleri örftür.

Ortaklardan birinin diğerine kâr konusunda; mal veya bedenleri ile çalışma konusunda veya ertelenmek suretiyle satın alınamayan şeylerde üstün olması caiz değildir.

Ayn'a gelince; ortaklar sermayede eşit olup da aralarında kârın üçte bir ve üçte iki şeklinde dağıtılmasını koşul koysalar veya sermayeleri farklı olsa da mesela birinin bin diğerinin iki bin dirhemi bulunsa ve kârın aralarında yarı yarıya olmasını koşul koysalar, bize göre böyle bir ortaklık anlaşması geçerlidir.

[11/157] Züfer ve Şâfiî'ye göre ise geçerli değildir. Şâfiî'ye göre geçerli olmamasının nedeni ona göre mülk şirketinin asıl olmasıdır. Mülk ortaklığında ortaklardan birinin diğer ortağın mülkünün kârından bir şeyi hak etmesi caiz değildir. Akit şirketinde de durum böyledir. Şâfiî kârı zarara kıyas etmiştir. Zarar, ortaklar arasında sermayeleri oranında olup, ortakların bunun aksine koşul ileri sürmeleri geçersizdir. Bunun karşıtı olarak, kârın paylaşılması da sermaye oranlarına göre olmalıdır.

Biz Hanefîler ise şöyle demekteyiz: Kâra hak kazanmak koşul koymakla olur. Ortaklardan her biri koşul koyduğu kadar kâra hak kazanır. Çünkü Resûlüllah (s.a.v.) şöyle buyurmuştur:

المسلمون عند شروطهم

"Müslümanlar kendi aralarında belirledikleri koşullara uyarlar."[124]

Diğer yandan şirket akdi, insanların ihtiyacı nedeniyle caiz olmuştur. Bu koşulu koşmaya da ihtiyaç vardır. Çünkü onlardan birisi ticari işler konusunda diğerinden becerikli olduğundan kendisi bilgili, ortağı cahil olduğu durumda onunla aynı kârı almaya razı olmayabilir. Üstelik mudarebe akdinde olduğu gibi mal olmaksızın da kâra hak kazanılabildiğine göre mal ile birlikte kâra hak kazanma daha önceliklidir.

Zarar sermayenin bir kısmının telef olmasıdır. Ortaklardan her biri kendi elinde diğer ortağa ait olan şey konusunda emânet alan durumundadır. Elinde emânet bulunana ödemeyi koşul koymak geçersizdir. Nitekim mudarebede zarardan herhangi bir şeyi mudarib üzerine koşul koymak caiz değildir. Bu nedenle Züfer şöyle demektedir: "Burada sermayeler farklı olduğu durumda kârın eşit olması caiz değildir. Çünkü bu caiz olsaydı ancak mudarebeye kıyasla caiz olurdu. Bu şu anlamdadır; mudarebe akdinde iki bin dirhemin sahibi kendisinin çalışması karşılığında kârın bir kısmını başka biri lehine koşul koymaktadır. Halbuki bu, mudarebede caiz değildir. Çünkü burada mal iki ortağın elinde olup, ikisinin

---

[124] Buhârî, İcâre 14; Hâkim, *Müstedrek*, II/57; Dârekutnî, *Sünen*, III/27; Taberânî, *el-Mu'cemü'l-kebîr*, IV/275; Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, VI/79; Tahâvî, *Şerh-u maâni'l-âsâr*, IV/90.

çalışması koşul konulmuştur. Mudarebede ise sermaye sahibinin çalışması veya sermayenin onun elinde olması koşul konulsa bu caiz olmaz.

Biz ise şöyle demekteyiz: Mudarebe akdi, sermaye ile onu çalıştıracak kişinin başbaşa bırakılmasını gerektirir. Dolayısıyla mudarib (işletmeci) sermayenin emanet edildiği bir kimse olup sermayeyi çalıştırmaktadır. Sermaye sahibi kendisinin çalışmasını koşul koyduğunda ise belirttiğimiz koşul ortadan kalkmaktadır. Ortaklık ise sermayenin ortaklardan birine teslimini gerektirmez. Dolayısıyla belirtilen koşul şirket akdinde şirketin gereğinin geçersiz olması sonucuna götürmez.

Sonra üzerinde durduğumuz meselede mudarebe akdinin hükmü şirkete tabi olarak sabit olmaktadır. Bir şeyin doğrudan sabit olması caiz değilken hükmen (bir başka şeye tabi olarak) caiz olması mümkündür. Nitekim mufâvada akdi kapsamında sabit olan kefillik akdi böyledir.

Aynı şekilde bize göre ortakların bizzat çalışmaları konusundaki ortaklıkta (tekabbül / iş şirketi) bize göre kârdan diğer ortaktan daha fazla pay almayı koşul koymak caizdir. Çünkü buna ihtiyaç vardır. Çünkü ortaklardan birisi çalışma konusunda diğerinden daha usta olabilir.

Muhammed (rh.a.)'in "veresiye olarak bir şey satın almanın bulunmadığı şeyde" sözü ile vücûh / kredi şirketine işaret edilmektedir. Bu şirkette satın alınan şeyin mülkiyetinde eşit olma koşulu varsa kârdan fazla pay almayı koşul koymak caiz değildir. Çünkü bu ödeme yükümlülüğünü üstlenmediği şeyden elde edilen kârdır. Biz bu hususu daha önce açıklamıştık.

İş konusunda ortak olan iki kişiden (tekabbül şirketi ortaklarından) birisi kayıp olduğunda, hastalandığında veya çalışmayıp da diğer ortak çalıştığında, kâr aralarındaki anlaşmadaki koşula göre bölüşülür.

Çünkü rivâyet edildiğine göre bir adam Peygamber (s.a.v.)'e gelerek "Ben pazarda çalışıyorum, benim ortağım ise mescitte namaz kılmaktadır" dedi. Resûlüllah (s.a.v.), "*Belki de sen onun nedeni ile bereket bulmaktasın.*" Buyurdu.

Buradaki anlam şudur; iş ortaklığında ücrete hak kazanmak işi bizzat yapmakla değil kabul etmekle olur. Her ne kadar işi bir ortak yapmış ise de bu işin kabul edilmesi iki ortak tarafından yapılmıştır. Görmez misin mudarib (sermayeyi işleten), bazı konularda sermaye sahibinden yardım isterse kâr aralarında daha önce konuştukları koşula göre olmaya devam eder. Yine iş konusunda ortak olan iki kişi, eşit şekilde çalışmaya güç yetirmeleri mümkün olmadığı durumda kârda birbirine eşittirler. Ortaklardan birisi ustalığı nedeni ile diğer ortak kendisinden daha fazla çalışsa bile kârdan daha fazla pay almayı koşul koyabilir. Aynı şekilde akit aralarında devam ettiği sürece işi ortaklardan birisi yapmış olsa bile kâr aralarında konuştukları koşula göre olur. Diğer ortağın bir özür nedeni ile veya özürsüz olarak çalışmaktan kaçınması eşittir. Çünkü iş ortaklığı, ortağın

[11/158]

çalışmaktan kaçınması ile doğrudan sona ermemektedir. Akitte kâra hak kazanmak koşul iledir.

İki kişiden birisi bin dirhem, diğeri de iki bin dirhem sermaye koyarak kâr ve zararın aralarında yarı yarıya olması koşuluyla bir ortaklık kursalar bu, bozuk (fâsit) bir şirket olur.

Muhammed (rh.a.) bununla şunu kastetmektedir: Bu durumda zararın yarı yarıya olmasını koşul koymak geçersizdir. Çünkü zarar anaparanın bir kısmının telef olmasıdır. Sanki iki bin dirhemin sahibi kendi malından telef olan şeyden bir kısmının ödemesini diğer ortağa koşul koymaktadır. Zararın ödemesini iki bin dirhem olarak koşul koymak da geçersizdir. Ancak bu geçersiz koşulla akdin aslı geçersiz olmaz. Çünkü şirketin caiz olması vekillik esasına dayanır. Vekillik ise geçersiz koşullarla ortadan kalkmaz. Yalnızca koşullar geçersiz olur. Vekillik devam eder. Burada da durum aynıdır.

Ortaklar bu koşul üzerine çalışırlar. Zarar ederlerse, zarar sermayeleri oranındadır. Çünkü akdin tersine koşul geçersizdir. Ortaklar kâr elde ederlerse kâr aralarındaki koşula göredir. Çünkü akdin aslı geçerlidir. Akitte kâra hak kazanmak koşul koymakla olur. Bu nedenle kâr aralarında koşul koydukları şeye göre olur.

Ortaklar kâr ve zararı sermayeleri oranında olmak üzere ve işi içlerinden belli birisinin yapması koşulu ile akit yapsalar bu caiz olur.

Çünkü çalışan ortak, diğer ortağın malının kârından kendisi için bir şeyi koşul koymadığında, diğer ortağın malında çalışma konusunda ona yardım etmektedir. Bu ortak tıpkı bir başka kişinin malını onun adına çalıştıran kişi gibidir.

Ortaklar kârın yarı yarıya, zararın da sermayeler oranında olmasını ve işi iki ortağın yapmasını koşul koysalar bu caiz olur.

Çünkü bin dirhemin sahibi kendisi için diğer ortağın malından bir bölümünü - ki bu da altıda birdir- ondaki çalışması nedeni ile koşul koymuştur. Dolayısıyla onun için bir işletmeci (mudarib) konumunda olur. Ancak burada mudarebe niteliği şirket akdine tabi olmaktadır. Tabi olan şeye değil aslolana bakılır. Bu nedenle işin ikisi tarafından yapılmasını koşul koymak kendilerine zarar vermez.

İşi iki ortak veya yalnızca bir ortak yaparsa kâr aralarındaki koşula göredir.

Çünkü akdin geçerli olmasından sonra kâra hak kazanmak bizzat çalışmaya göre değil, koşula göredir. İş ikisi üzerine koşul kılınmıştı. Ortaklardan yalnız birinin işi tek başına yapması onlara zarar vermez.

Aynı şekilde işi yapmayı bin dirhemin sahibi üzerine koşul koyduklarında da böyledir.

Bu son durumda caiz olma nedeni daha açıktır. Çünkü burada iki bin dirhemin sahibi kendi malını altıda bir kâr karşılığında çalıştırmak üzere diğerine

vermiştir. Çünkü bin dirhemin sahibi için koşul konulan kârın yarısıdır. Kârın üçte biri kendi sermayesinin payı olarak, altıda birden yarıya kadar olan kısmını ise diğer ortağın malında çalışmak suretiyle elde etmektedir. İşin yapılmasını mudarib üzerine koşul koymak mudarebe akdini geçersiz kılmaz. Aksine geçerli duruma getirir.

Eğer "kişi, kendisinin ortak olduğu bir şeyde çalıştığında çalışmasının karşılığını ortağına nasıl gerekli kılabilir" denilirse buna şu şekilde cevap veririz: Burada kâra hak kazanma hizmet sözleşmesi yolu ile değil, ortaklık yolu iledir. Bu nedenle burada işin miktarını ve süreyi bildirmek koşul değildir. Kişi kendi ortak olduğu işte çalışmakla işçilik ücretine (maaş) hak kazanamaz. Çünkü ücrete hak kazanmak bizzat iş iledir. Bu durumda kendi ortak olduğu işte çalışan kişi geçerli bir akitte kârdan daha fazla payı koşul koymak suretiyle buna hak kazanabilir. [11/159]

Ortaklar, iki bin dirhem sermaye koyan ortağın çalışmasını koşul koysalar bu şirket caiz olmaz.

Çünkü bu durumda çalışan ortak kendi malının kârından bir bölümünü; sermayesi veya çalışması olmadığı durumda diğer ortak lehine koşul koymuş olur. Bu ise geçersizdir. Çünkü kâra hak kazanmak hem çalışıp hem sermaye koyma, veya yalnızca çalışma yahut da ödeme yükümlülüğü ile olur. Halbuki bin dirhem sermaye koyan ortak, iki bin dirhem sermayesi olana karşı bunlardan hiçbirini yapmamıştır. Bu nedenle kârın bir bölümünü kendisi için koşul koyması geçersiz olur. Kâr aralarında sermayeleri oranında dağıtılır. Çünkü çalışan ortak, kendisi için bir şey koşul koymamakla diğer ortağın malının kârından hiçbir şeyi istememiştir.

İşi kabul eden kişi, kabul ettiği işi yarı fiyatına yaptırmak üzere iş yerinde taşeron bulundursa kıyasa göre bu, geçersiz olur.

Çünkü dükkan sahibinin sermayesi çıkardır. Halbuki ortaklıklarda çıkar sermaye olmaya elverişli değildir. Diğer yandan işi kabul eden kişi dükkan sahibi ise, işi yapan kişi yarı fiyatla onun işçisi olur. Bu ise bilinmez bir durumdur. Bilinmezlik hizmet sözleşmesini bozar. İşi kabul eden kişi işçi ise bu kişi dükkanda oturduğu yeri işin yarı fiyatına kiralamış olur. Bu da bir bilinmezlik barındırmaktadır. Ancak Muhammed (rh.a.) bu konuda istihsana göre hüküm vererek, bu tür işlem insanlar arasında hiç kimse tarafından yadırganmaksızın uygulanageldiği için buna onay vermiştir. İnsanların âdet durumuna getirdikleri şeylerden onları uzaklaştırmak bir çeşit zorluk doğurmaktadır. Bu zorluğu ortadan kaldırmak için bu akde cevaz verilmiştir. Çünkü bunu geçersiz kılan bir nass bulunmamaktadır. Hem de insanların bu akdi yapmaya ihtiyaçları vardır. Şöyle ki; işi yapan kişi halkını tanımadığı bir bölgeye yeni gelmiş olabilir ve insanlar kendi eşyalarını ona teslim etme konusunda güvenmiyor olabilirler. Bu durumda halk ancak tanıdıkları dükkan sahibine eşyalarını teslim etme konusunda güvende olabilirler. Dükkan sahibi de normalde böyle durumlarda iş yapan kişiye teberruda

bulunmaz (dükkanında bedâva durmasına izin vermez). Bu akdi geçerli olarak kabul etmek her iki tarafın amacını gerçekleştirmeyi sağlamaktadır. Çünkü bu sayede işçi yaptığı işin karşılığını almakta, insanlar da onun yaptığı işten yararlanmaktadır. Dükkan sahibi de kendi dükkanının menfaatinin karşılığını almaktadır. İşte bu nedenle bu akit caizdir.

Dükkân sahibinin işten elde edilen gelirin yarıdan daha fazlasını alması caizdir.

Çünkü o, işi yapan kişiye kendi dükkanında yer vermiş ve kendi aletlerini vermek suretiyle ona yardımcı olmuştur. Hatta terzinin kumaşı tutması ve kesmesi, diğerine vermesi gibi işlerde işin yarı fiyatına o kişiye yardımcı bile olmuş olabilir. Bu nedenle gelirin yarıdan fazlasını alması kendisine helâl olur. Bu akdin caiz olması tıpkı selem akdinin caiz olması gibidir. Çünkü din, insanların ihtiyacı nedeniyle selem akdine cevaz vermiştir.

Şirket sermayesi olmaya elverişli olan ve olmayan şeyler

Ticaret mallarını sermaye olarak koymak suretiyle ortaklık yapmak caiz değildir.

Dirhemler ve dinarlar gibi paralarla kurulan ortaklıklar caiz olmakla birlikte, mezhepte kuvvetli olan görüşe göre, külçe altın veya külçe gümüş ile ortaklık yapılması caiz olmaz.

Muhammed (rh.a.) "Sarf Kitabı"nda şunu belirtmiştir: "Kişi belirli bir külçe karşılığında bir mal satın aldığında malı teslim almadan önce külçe telef olursa akit geçersiz olmaz." Bu ifadeye göre Muhammed (rh.a.) külçeyi diğer paralar gibi kabul etmiştir. Bu nedenle de "külçe, belirleme ile belirli duruma gelmez" demiştir.

Özetle söylemek gerekirse bu durum her bölgede örfün değişmesi ile değişir. Bir bölgede insanlar arası alış-verişler külçe ile yapılıyorsa bu külçeler nakit (dinar ve dirhem) gibi kabul edilir. Belirleme ile belirli duruma gelmez. Bunlarla şirket kurmak caiz olur. Eğer bu konuda yaygın bir örf yoksa, külçeler ticaret malları gibi kabul edilir. Bunlarla şirket kurulması caiz olmaz. Eğer bunlarda belirleme yararlı ise geçerli olur. Ağırlık ve değer belirleme gibi, yararlı değilse geçerli olmaz.

[11/160]

Altın ve gümüş dışındaki madenlerden basılmış fels adı verilen paralarla kurulan ortaklığa gelince; eğer bu paralar halen piyasada alış-verişlerde kullanılmakta ise Ebû Hanîfe ve Ebû Yusuf (rh.a.)'a göre bunları ortaklık anaparası olarak belirlemek caiz olmaz. Muhammed (rh.a.)'e göre ise caiz olur.

Kerhî (rh.a.) kitabında Ebû Yusuf'un görüşünün de Muhammed (rh.a.) gibi olduğunu anmıştır. Bizim belirttiğimiz daha doğrudur. Bu konuda ların görüş ayrılığı "Satım Bahsi"nde yer alan şu meseleye dayanmaktadır: "Bir kişi bir malı sattığında Ebû Hanîfe ve Ebû Yusuf (rh.a.)'a göre malın bedelini belirli iki fels (altın ve gümüş dışındaki basılı paralar) olarak belirlemek caizdir. Felslerin kişiler

tarafından belirlenmesi ile belirginlik kazanması, ceviz ve yumurtanın durumunda olduğu gibidir. Muhammed (rh.a.)'e göre ise böyle bir satış caiz değildir. Piyasada kullanımda olan altın ve gümüş dışındaki paralar, tıpkı altın ve gümüş gibi belirleme ile belirli duruma gelmezler." Aynı şekilde şirket hükmü konusunda da Muhammed (rh.a.) şöyle demektedir: "Altın ve gümüş dışındaki paralar, revaçta oldukları sürece tıpkı altın ve gümüş paralar gibidir." Ebû Hanîfe ve Ebû Yusuf (rh.a.) ise şöyle demektedir: "Bu paraların revaçta olması insanların anlaşmasına bağlıdır. Bu ise zamandan zamana değişiklik göstermektedir. Biz bu paralarla şirketin kurulmasına cevaz verirsek, bu paraları piyasadan kalkıp insanlar başka paralarla işleme başladığında kâr bölüşüleceği zaman şirketin sermayesi bilinemez duruma gelir. Çünkü kârın bölüşümü sırasında şirket malı sayısı itibarıyla değil ekonomik değeri bakımından hesaplanır. Altın ve gümüş dışındaki paraların değeri ise tedavülde bulunup bulunmamalarına göre değişir."[125]

Hasan İbn Ziyâd'ın Ebû Hanîfe (rh.a.)'den rivâyet ettiğine göre tedavülde olan felslerle mudarebe yapmak geçerlidir. Ebû Yusuf (rh.a.) bunlarla ne şirketin ne de mudarebenin caiz olmayacağını söylemiştir.

Ebû Hanîfe (rh.a.) felsler ile mudarebe ve şirket kurulması konusunda ayırım yaparak şunları söylemiştir: "Mudarebede kârın ortaya çıkması için önce sermaye hesaplanır. Felslerin tedavülden kalkmaları mümkün olduğundan, bundan sonra değerleri ancak tahmin ve zan ile bilinebilir. Sermaye sahibini zarara sokma söz konusu olduğu için felsler âdet olarak dikkate alınmaz. Şirkette ise felsler tedavülden kalktığında her bir ortağın sermayesi, felslerin sayıları göz önüne alınmak suretiyle hesaplanabilir. Çünkü her iki ortağın bu konuda durumları eşittir. Zarar onlardan yalnız birisine yönelik olmamaktadır."

Ticaret malları şirket sermayesi olur mu?

Hayvan, kumaş, köle vb. "urûz" denilen ticaret malları ile şirket kurulması biz Hanefîlere göre caiz değildir.

İbn Ebî Leyla ve Malik (rh.a.)'e göre ise insanların bunu uygulaması ve buna ihtiyaçları olması nedeniyle ve akit şirketini mülk şirketine kıyas etmek suretiyle böyle bir şirket geçerli olur.

Muhammed (rh.a.) *"el-Asl"*da bu mallarla şirket kurulmasının bozuk (fasit) olmasının gerekçesini "çünkü sermaye bilinmemektedir" diye bildirmektedir.

Bununla şunu kastetmektedir:

Bu çeşit ticaret malları standart (mislî) mallardan değildir. Kârın bölüştürülmesi sırasında, kârın ortaya çıkabilmesi için her bir ortağın sermayesinin

[125] Ebû Hanîfe ve Ebû Yusuf (rh.a.)'un altın ve gümüş para dışındaki paraların şirket anaparası olarak belirlenemeyeceği görüşü, önemli ölçüde değer kaybına uğrayan günümüz "kâğıt para"larını da kapsamalıdır. Şirketlerin reel kârını hesaplayabilmek için anaparanın sağlam bir para veya birime bağlanması gerekir.

hesaplanması gerekir. Ortakların sermayesi ticaret mallarından oluşmakta ise kârın bölüşümü sırasında sermaye ancak bu ticaret mallarının değeri dikkate alınarak hesaplanabilir. Şirket mallarının değerinin bilinmesi ise zanna dayanır. Zan ise kesin bilgi vermez.

Ayrıca ortaklık, akit kurulduktan sonra ilk tasarruf olarak satmanın değil, ancak satın almanın gerçekleştirileceği bir sermaye ile kurulabilir. Sermaye ticaret mallarından oluşursa ilk yapılacak işlem satma olur. Bu durumda da ortaklardan her biri diğerini, kârın bir kısmı kendisine ait olacak şekilde malını satma konusunda vekil atamış olur ki bu caiz değildir. Biz daha önce şirketin geçerli olmasının vekillik esasına dayandığını belirtmiştik. Buna göre vekilliğin caiz olmadığı hiçbir yerde şirket de caiz olmaz. Bunun anlamı şudur; Satışa vekil kılınan
[11/161] kişi kendisine güvenilen kişi konumundadır. Kârın bir kısmının ona ait olması koşul konulursa bu, ödeme yükümlülüğünü üstlenmediği şeyden kâr elde etmek olur. Satın almaya vekil olan kişi de satın alınan şeyin bedelini kendi zimmetinde olmak üzere öder. Kârın yarısının ona ait olması koşul konulursa bu, ödeme yükümlülüğünü üstlendiği şeyin kârı olur.

Diğer yandan ticaret malları ile kurulan ortaklıkta kâr, herhangi bir tasarrufta bulunmaksızın yalnızca eşya fiyatlarının değişmesi nedeniyle ortaklardan yalnız birisinin sermayesinden kaynaklanmış olabilir. Eğer bu şirket caiz olursa diğer ortak, bu malda ödeme sorumluluğuna katlanmaksızın bu malın kârını hak etmiş olur. Yahut da ortaklardan birisi, kendi sermayesi olan ticaret malının fiyatının düşmesi nedeni ile zarar etmiş, diğeri de kâr etmiş olabilir. İşte bu nedenlerden dolayı ticaret malları ile kurulan ortaklık geçersiz olmaktadır.

Ortaklar ticaret mallarını tek bir bedel karşılığı satarlarsa bedel, her birinin malının satış günündeki değerine göre bölüşülür.

Çünkü onlardan her biri kendi mülkünün peşindedir. Satışta belirlenen bedel akde giren bütün malların karşılığıdır. Bu nedenle değerleri itibarıyla bu mallara bölüştürülür. Ortaklardan her biri kendi malının değerini alır. Çünkü şirket bozuk (fasit) olduğunda hiç yokmuş gibi kabul edilir.

Aynı şekilde ortaklardan birinin sermayesi dirhem olup, diğerinin ticaret malı olursa, kurulan şirket mufâvada olsun inanolsun geçerli olmaz.

Çünkü daha önce açıkladığımız gibi burada mal sahibinin sermayedeki payında bilinmezlik bulunmaktadır.

Standart (mislî) malların şirket sermayesi yapılması

İki kişi; ölçülen, tartılan veya sayılan şeylerden miktar ve nitelik olarak birbirine eşit şeylerde ortaklık yapsalar eğer bu malları karıştırmazlarsa ortak olmazlar. Onlardan her biri kendi malının kâr ve zararını alır.

Çünkü bu mallar ticaret malları (urûz) gibidir. Onların bizzat kendileri akitle elde edilir. Bu mallarda şirket kurulduktan sonra yapılacak ilk işlem satın alma

değil, satmadır. Bu açıdan ticaret malları gibi olmaktadır. Bunlarda ortaklık caiz değildir.

Eğer iki kişi belirttiğimiz nitelikteki mallarını karıştırırlarsa mal ikisinin olur. Elde ettikleri kâr da zarar da onlara ait olur.

Bu açıktır. Çünkü karıştırma onların fiili ile meydana gelmiştir. Dolayısıyla meydana gelen karışım her birinin mülkü oranında aralarında ortak olur. Onların mülkleri birbirine eşit olduğundan, bunların satımından sonra elde edilecek kâr veya zarar da aralarında bu şekilde eşit olur.

Muhammed (rh.a.) "el-Asl"da bu malları karıştırdıktan sonra meydana gelen şirketin mülk şirketi mi akit şirketi mi olduğunu belirtmemiştir.

*"en-Nevadir"*de şöyle anılmıştır: Ebû Yusuf (rh.a.)'a göre bu iki kişi arasındaki ortaklık mülk ortaklığıdır. Muhammed (rh.a.)'e göre ise akit ortaklığıdır. Bu görüş ayrılığının sonucu şudur; ortaklar, içlerinden birinin kârdan kendisine düşen paydan daha fazlasını almasını koşul koyduklarında Ebû Yusuf (rh.a.)'a göre buna hak kazanamaz. Her ortak kendi mülkü oranında kârdan pay alır. Muhammed (rh.a.)'e göre ise kâr, aralarındaki koşula göre dağıtılır.

Muhammed (rh.a.) şöyle demektedir: "Ölçülen ve tartılan şeyler bir açıdan ticaret malları, diğer bir yönden ise semen (satılan şeyin bedeli)dir. Görmez misin bunlar veresiye mal alımında zimmet borcu olarak belirlenebildiği gibi satım akdinde bedel olması da geçerlidir. Şu durumda bunlar satım akdine konu da olabilir. İki asla benzeyen şeyler her ikisine ait hükümlerden tam olarak yararlanır. Bu mallar ticaret mallarına benzemeleri yönünden karıştırma olmadan önce bunlarda şirketin caiz olmayacağını söyledik. Satılan şeyin bedeline benzemeleri yönünden de karıştırmadan sonra bunlarda şirketin caiz olacağını söyledik. Bunun nedeni şudur; Her iki yöne benzemesi bakımından akit şirketini bunlara dayandırmak zayıf kalmaktadır. Bu nedenle bu şirketin sabit olması, onu takviye edecek bir unsurun bulunmasına bağlı olmaktadır. Bu da malları karıştırmaktır. Çünkü karıştırma sonucunda mutlaka mülk şirketi meydana gelir. Bununla da akit şirketi mutlaka pekişmiş olur.

Ebû Yusuf (rh.a.) ise şöyle demektedir: "Bir ortaklıkta sermaye olmaya elverişli olan şey konusunda hüküm tıpkı paralarda olduğu gibi karıştırma olmasına veya olmamasına göre değişmez. Aynı şekilde şirket malı olmaya elverişli olmayan şeylerde de hüküm karıştırma olmasına veya olmamasına göre değişmez. Bunun nedeni şudur; karıştırma öncesinde bu mallarda mülk şirketinin caiz olmasının nedeni yalnızca bunların belirlenmiş olmasıdır. Bu nedenle akit şirketinde sermayenin belirlenmiş olması mutlaka gereklidir. Halbuki bu malların kendileri satılan şeylerdir. Dolayısıyla bu mallar üzerinde yapılacak ilk tasarruf satımdır. Bu özellik karıştırmadan sonra da devam etmektedir. Hatta karıştırma sonucu bu özellik daha da kuvvetlenir. Çünkü karıştırma ancak belirlenmiş olan mallarda [11/162]

gerçekleşir. Karıştırılan mal da ancak belirli bir mal olur. Dolayısıyla akdi bozan özelliğin gerçekleşmesi akdi geçerli duruma getirmiş olamaz."

Muhammed (rh.a.)'in görüşünü desteklemek üzere söylenen "Burada bölüşüm sırasında sermayenin hesaplanması mümkündür. Çünkü bu mallar misli (dengi, benzeri) bulunan mallardandır" görüşü karışım öncesini açıklamada problem doğurmaktadır. Çünkü bu özellik karışım öncesinde de aynı mallarda bulunmaktadır. Buna rağmen iki kişi arasında karıştırma öncesinde akit şirketi kurulmamaktadır. Yine bu görüş ortaklardan birinin sermayesi buğday, diğerininki arpa olduğunda da çelişki doğurmaktadır. Çünkü bu durumda onların malları misli (standart) mallardan olmasına ve kârın bölüşümü sırasında malların hesaplanması mümkün olmasına rağmen ister karıştırsınlar ister karıştırmasınlar ortaklık geçerli olmaz. Ancak Muhammed (rh.a.) burada bir ayrım yaparak şöyle demektedir: "Akit şirketi, malları karıştırdıktan sonra ortaya çıkan karışım bakımından sabit olur. Karıştırılan şeylerin cinsleri farklı olduğunda karışım sonunda oluşan şey misli (standart) mallardan olmaz. Nitekim bu karışımı telef eden kişi onun değerini öder. Bu karışım misli (standart) mallardan olmadığından diğer ticaret malları konumuna geçmiştir. Halbuki karıştırılan şeylerin cinsleri bir olduğunda meydana gelen karışım misli (standart) mallardandır. Bu nedenle bu karışımı telef eden kişi onun dengini öder. Dolayısıyla bölüşüm sırasında benzerlik itibarıyla ortaklardan her birinin sermayesini hesaplamak mümkün olur.

Karıştırılan malların cinsleri farklı olduğunda; ortaklar karışımı satarlarsa elde edilen bedel aralarında; her birinin kendi mülkünün karıştırma günündeki tek başına değil de karışmış olarak değerine göre taksim edilir.

Çünkü semen, satılan şeyin bedelidir. Bu nedenle her iki ortağın mülkleri değerlerine göre bölüştürülür. Onlardan her birinin mülkünün karıştırma günündeki değeri bilindiği için bu değer göz önüne alınır. Ancak bu malın karışmış olarak değeri esas alınır. Çünkü mal bu nitelikle satışa girmiştir. Bedele hak kazanmak da satışla olmuştur. Bundan dolayı her bir ortağın mülkünün satışa girdiği sırada sahip olduğu nitelikler göz önünde bulundurulur.

Ortaklardan birinin karıştırma sonucunda malının değeri artmışsa, bu kişi kendi malının değerini bölüşüm gününde karışmamış olarak hesaplar.

Bunun anlamı şudur; buğday ile karıştırılan arpanın değeri artar. Buğdayın ise bu karışım nedeni ile değeri düşer. Bundan dolayı arpanın sahibi arpasının değerini karışım olmaksızın hesaplar. Çünkü karışım sonrasında arpada meydana gelen fazlalık diğer ortağın mülkünden kaynaklanmıştır. Arpa sahibi bu fazlalığı hesaba katma hakkına sahip değildir. Buğday sahibi ise kendi buğdayının değerini arpa ile karışmış durumda hesaplar. Çünkü buğdayın değerinde meydana gelen azalma kendisinin razı olduğu bir fiil olan karıştırma ile meydana gelmiştir. Onun

buğdayının satış sırasındaki değeri eksik olduğundan ancak bu miktarda hesaplanır.

İsa b. Eban (rh.a.) her iki meselede de bu görüşe itiraz ederek şöyle demiştir: "Muhammed (rh.a.)'in ilk konuda söylediği: 'her bir ortağın mallarında, bu malları karıştırdıkları andaki değere itibar edilir' sözü ile ikinci konuda söylediği 'malı bölüştükleri gündeki değere itibar edilir' sözü yanlıştır. Doğru olan; satışta elde edilen bedelin, ortaklardan her birinin malının satışın gerçekleştiği günkü değerine göre bölüştürülmesidir. Çünkü bedele hak kazanmak satışla olur. Bedel de yalnızca satış anındaki değere göre bölüşülür. Nitekim bu iki kişi mallarını birbirine karıştırmadıkları durumda tek bir akitle satmış olsalardı bedelin bölüşümü, satış anında malların sahip olduğu değere göre yapılırdı. Malları karıştırdıktan sonra da durum böyledir. Ancak bu mesele malın karıştırma, bölüştürme ve satım anında değeri eşit olduğu şeklinde yorumlanırsa o zaman bu görüş yanlış olmaz." [11/163]

(Serahsî (rh.a.) şöyle demektedir:) Bana göre Muhammed (rh.a.)'in anmış olduğu cevap doğrudur. Çünkü bir şeyin değerini bilmek pazarda satılan benzerlerinin değerine bakmak suretiyle olur. Halbuki meydana gelen karışımın pazarlarda satılan bir benzeri bulunmadığından her bir ortağın malının değerini hesaplamada satış günündeki değeri esas almak mümkün olmaz. Bu mümkün olmayınca her bir malın değerinin bilinmesinin mümkün olduğu bir zamandaki değerini öğrenmeye başvurmak gerekli olmaktadır. Bu şuna benzer; iki kişiye ait olan bir cariyenin karnındaki çocuğu ortaklardan birisi özgür kılsa, çocuğun doğum tarihindeki değeri göz önüne alınarak özgür kılan ortak, diğer ortağın çocuk üzerindeki payını öder. Çünkü özgür kılma sırasında çocuk ana karnında bulunduğundan, değerini bilmek mümkün olmaz. Bu nedenle değerinin bilinmesinin mümkün olduğu en yakın zamana başvurulur. Bu da doğum sonrasıdır. Bizim meselemizde de her bir ortağın malının değerini hesaplamada, bunların değerinin bilinmesinin mümkün olduğu en yakın zamana bakılır. Bu zaman da malların birbirine karıştırıldığı zamandır. Ancak karıştırma sonucu mallardan birinin değerinin arttığı diğerinin ise azaldığı biliniyorsa, bu durumda satım sonucu elde edilen bedeli, ortaklardan her birinin malının karışım zamanındaki değerine göre bölüştürmek imkansız duruma gelmiş olur. Çünkü biz onlardan birinin malının değerinin arttığını, diğerininkinin azaldığını kesin olarak bilmekteyiz. Bundan dolayı bedelin bölüştürülmesi sırasındaki değer esas alınır. Çünkü karıştırma sırasında ortaklardan her birinin malı standart mallardandır. Bu nedenle karıştırma sonrasında bölüşüm zamanına kadar onların her birinin malın benzerinde hakları devam ettirilir. Bu yönden satımda elde edilen bedel onlardan her birinin hakkına göre bölüştürülür. Malı karıştırmadıkları durum bundan farklıdır. Çünkü her bir ortağın malına değer biçilmesi satış zamanında gerçekleşmektedir.

Şirket sermayesinin ayrı cins paralardan oluşması

Bir kişinin bin dirhemi diğerinin yüz dinarı bulunsa, bunları karıştırmaları ile karıştırmamaları birdir. Çünkü bu paralar birbiri ile karışmaz.

Biz daha önce şirket akdinin geçerli olması için paraların karıştırılmasının koşul olmadığını belirtmiştik. Bu durumda paralardan hangisi telef olursa, o paranın sahibinin hesabından telef olmuş olur. Çünkü para şirket akdi yapıldıktan sonra da kendisinin mülkünde kalmaya devam etmektedir. Ortaklardan her biri diğerinin sermayesi konusunda güvenilir (emin) konumundadır. Bu sermaye ister kendisinin elinde telef olsun, ister ortağının elinde telef olsun, her iki durumda da paranın sahibinin hesabından telef olmuş olur.

Sonra bu ortaklık, sermayelerden birinin telef olması ile geçersiz olur.

Çünkü şirket kurmaktan maksat bu paraların bizzat kendisine sahip olmak değil, bunlar ile tasarrufta bulunmaktır. Akdin yapılması sırasında akdin kurulmasına engel olan bir durum, akit yapıldıktan sonra fakat maksat elde edilmeden önce meydana gelse, akdi iptal eder. Nitekim satın alınan meyve suyunun, teslim almadan önce şaraba dönüşmesi, felslerin tedavülden kalkması, ortaklardan birinin sermayesinin bulunmaması gibi durumlar akit sırasında bulunsaydı, bunlar akdin kuruluşuna engel oluştururlardı. Sonradan bu durumlar meydana geldiğinde de akdin devam etmesine engel oluştururlar.

[11/164] **Bundan sonra kalan sermaye ile satın alınan mal, o sermayenin sahibine ait olur.**

Muhammed (rh.a.) bazı bölümlerde böyle söylemekle birlikte bazı bölümlerde de şöyle demektedir: "Diğer ortak bundan sonra kendi sermayesi ile bir mal alsa satın alınan şey aralarında yarı yarıya ortak olur. Satın alan kişi ödediği paranın yarısını ortağından alır." Muhammed (rh.a.)'in verdiği cevap, konunun farklılığı nedeniyle değişmiştir. Şöyle ki;

"Sermayesi kalan kişi, malı yalnızca kendisi için satın almış olur" dediğinde, meseleyi ortakların şirket akdini mutlak olarak yapmaları durumunda düşünmüştür. Akdi mutlak olarak yaptıklarında ortaklardan birinin sermayesi ile satın alınan şeyin onlar arasında ortak olması şirket akdinin bir gereği olarak sabit olur. Halbuki ortaklardan birinin sermayesinin telef olması ile şirket geçersiz olduğundan diğer ortak malı kendisi için satın almış olur.

"Satın alınan mal ikisinin arasında ortak olur" dediğinde, meseleyi şu şekilde ortaya koymuştur: Ortaklar şirket akdi yaparken her birinin kendi sermayesi ile satın alacağı şeyin ikisi arasında ortak olacağını açıkça ifade etmişlerdir. Bunu açıkça ifade ettiklerinde; satın alınan şeyde ortak olmaları vekâlet akdinin gereği olarak sabit olmaktadır. Çünkü bunu söylemekle; onların her biri diğerini kendi sermayesi ile bir şey satın aldığında alınan şeyin aralarında yarı yarıya ortak olması koşuluyla vekil belirlemektedir. Şirket her ne kadar sermayelerden birinin telef

olması sonucu geçersiz olsa bile vekillik devam etmektedir. Bu nedenle satın alınan mal aralarında yarı yarıya ortak olur. Malı satın alan kişi ödediği paranın yarısını diğerinden alır. Çünkü alıcı malın yarısını vekillik akdi hükmü ile diğeri için satın almıştır. Bedeli de kendi parasından ödemiştir. Bu nedenle onun adına ödediği şeyi ondan geri alır. Her bölümle ilgili olarak meselenin sunuluşunu incelediğinde herhangi bir ayrıma gerek kalmaksızın ve cevapta herhangi bir tutarsızlık görmeksizin Muhammed (rh.a.)'in cevabının doğru olduğunu anlarsın.

Ortaklar bu sermaye ile mal alsalar ve bedeli dirhemlerden ödeseler sonra dinarlar telef olsa, bunlar yalnızca sahibinin hesabından telef olmuş olur.

Çünkü malı dirhemlerle satın aldıktan sonra da dinarlar, sahibinin mülkünde kalmaya devam etmektedir.

Satın alınan mal aralarında sermayeleri oranında ortak olur.

Çünkü malı dirhemlerle satın aldıklarında aralarında şirket bulunmakta idi. Bu nedenle satın alınan şey ortak olur. Bu hüküm, bundan sonra dinarların telef olması ile değişmez.

Ancak dirhemlerin sahibi satın alınan malın bedelinden, dinarların sahibinin payına ne kadar düşüyorsa, onu kendisinden alır.

Çünkü dirhemlerin sahibi bu miktarı vekillikle onun için almış ve malın bedelini kendi parasından ödemiştir. Buna razı olmasının nedeni, diğer ortağın da dinarları ile her ikisine ait olmak üzere mal satın alıp bunu kendi parasından ödeyecek olmasıdır. Dinarların telef olması ile bu durum ortadan kalkınca dirhemlerden diğer ortağı için ödediği payı ondan alır.

Muhammed (rh.a.) satın alınan bu maldaki ortaklığın akit şirketi mi mülk şirketi mi olduğunu belirtmemiştir. Bu konuda Muhammed ve Hasen (rh.a.) arasında ihtilaf bulunmaktadır.

Muhammed (rh.a.)'e göre bu akit şirketidir. Bu nedenle o malı iki ortaktan birisi satarsa bu satış malın tümünde geçerli olur.

Hasen (rh.a.)'e göre ise bu mülk şirketidir. Bu nedenle ortaklardan birinin satışı yalnızca kendi payında geçerli olur. Çünkü; tıpkı dirhemlerle malı satın almadan önce dinarların telef olması durumunda olduğu gibi burada da dinarların telef olması ile akit şirketi geçersiz olmuştur. Geriye yalnızca satın almanın hükmü olan mülkiyet kalmıştır. Dolayısıyla onların satın alınan maldaki ortaklıkları mülk şirketidir.

Muhammed (rh.a.)'in görüşünün delili şudur; Dinarların telef olması, dirhemlerle amaçlanan şey, yani satın alma gerçekleştikten sonra meydana gelmiştir. Bu ise aralarındaki akit şirketini iptal etmez. Nitekim satın alma her iki

sermaye ile gerçekleştirildikten sonra sermayelerden birinin kalan kısmının telef olması durumunda da böyledir.

[11/165] **Ortaklar dirhemler ve dinarlarla bir mal satın alsalar, mal aralarında sermayeleri oranında ortak olur.**

Özetle söylemek gerekirse; kârı koşul koymada ortaklardan her birinin sermayelerinin şirket akdi yapıldığı sıradaki değeri dikkate alınır. Satın alınan şeyde ortaklığın gerçekleşmesi konusunda ise her bir ortağın sermayelerinin malı satın alma sırasında değeri dikkate alınır. Kârın her iki ortağın payında veya yalnızca birinin payında meydana gelmesi konusunda ise sermayelerin bölüşüm sırasındaki değeri dikkate alınır. Çünkü sermayenin değeri bilinmedikçe kâr hesaplanamaz. Biz *"el-Câmiu's-Sağîr"*in şerhine dair yazdırdığımız kitapta bu meseleyi açıkladık.

Ortaklar bin dirhemle bir mal alsalar daha sonra da dinarlarla başka bir mal alsalar; malların birinin satımından zarar diğerinden kâr elde etseler, bu aralarında sermayeleri oranında ortak olur.

Çünkü zarar malın bir kısmının telef olmasıdır. Kâr da mal gibidir. Dolayısıyla kâr, sözleşme ile aksi koşul konulmadıkça sermaye oranına göre dağıtılır.

Aynı şekilde iki kişi bin dirhem ve bir kür[126] buğday karşılığında bir mal satın alsalar; malın bin dirhemlik payı bir ortağa, bir kürlük payı da diğer ortağa ait olmasını koşul koysalar ve bedeli ödeseler bu koşul, nedenin mutlak olmasının bir gereği olarak geçerli olur.

Çünkü ortaklardan her biri satın alma konusunda kendi adına hareket etmektedir. Dolayısıyla alınan şeyden ancak bedelini ödediği kadarına sahip olabilir.

Yine bir kür buğday ve bir kür arpa karşılığında bir mal satın alsalar, buğday sahibi satın alınan malın buğday payına denk düşen kısmının kendisine ait olmasını koşul koyarak buğdayını ölçse, arpa sahibi de satın alınan malın arpa payına denk düşen kısmının kendisine ait olmasını koşul koyarak arpasını ölçse daha sonra ortaklar bunu dirhemler karşılığında satsalar; elde edilen bedeli buğday ve arpanın bölüşüm günündeki değerine göre bölüşürler.

Ölçü ve tartı ile alınıp satılan bütün şeylerde de durum böyledir.

İsa b. Eban şöyle demiştir: "Bu görüş yanlıştır. Doğru olan bunların elde ettikleri bedeli, satın alma günündeki değere göre bölüştürmeleridir. Çünkü daha önce de açıkladığımız gibi satın alınan şeyde mülkiyetin gerçekleşmesi konusunda her bir ortağın satın alma gününde sermayelerinin değeri esas alınır. Her bir ortak satın alınan mala, satın alma zamanında kendi sermayesinin oranına göre sahip

[126] **Kür / الكر:** Hanefilere göre 2348,280 kg buğday diğerlerine göre 1563,840 kg buğday alan ölçek.

olur. Sonra bu malı sattıklarında her bir ortağın maldaki payının bedeli kendisine ait olur. Bu şuna benzer; iki ortak her biri kendisine ait bir ticaret malı ortaya koyarak iki ticaret malı karşılığında bir mal satın alsalar daha sonra da satın aldıkları malı dirhemler karşılığında satsalar elde edilen bedeli, malı satın alma zamanında her birinin ticaret malının değerine göre bölüşürler. Ancak Muhammed (rh.a.)'in verdiği cevap şöyle yorumlanırsa yanlış olmaktan kurtulur: Ortaklar malı, üzerine kâr koyarak satarlarsa bu durumda kârlı satıştan elde edilen bedel, malın ilk fiyatı (mâliyet fiyatı) üzerine her bir ortağın mülkleri oranında dayandırılır ve elde edilen bedel her bir ortağa bölüşüm anında sermayelerinin değeri oranında bölüştürülür. Ticaret mallarında (urûz) ise böyle değildir. Çünkü mal karşılığı satın alınan şeyin murabahalı (kâr miktarını belirleyerek) satışı mümkün olmaz. Murabaha satışı yalnızca kendi cinsinden benzeri bulunan mallarda mümkün ve caiz olur. Bu nedenle bedelin bölüşülmesi; malın satın alınması vaktinde her bir ortağın mala bedel olarak ortaya koydukları ticaret mallarının değeri oranında olmuştur."

İsa b. Eban'ın bu yorumu gerçeğe uzaktır. Çünkü Muhammed (rh.a.) "daha sonra ortaklar bunu dirhemler karşılığında satarlarsa" demiştir. Murabahalı satışın hükmüne ise bundan sonra temas ederek şöyle demiştir:

Ortaklar ölçülen ve tartılan mallar karşılığında bir mal satın alsalar, sonra bu malı üzerine kâr koyarak satsalar, her bir ortak ölçtüğü veya tarttığı sermayesini tam olarak geri alır. Sonra da kârı aralarında; malı başka belirli bir mal karşılığında satmaları durumunda yaptıkları gibi sermayelerinin değerine göre bölüşürler.

Eğer ortaklar satın aldıkları on dirhemlik malı kârla on bir dirheme satarlarsa her biri bu bedelden kendi sermayesini ve sattıkları şekil üzere kârdan payını alır. Çünkü onlar on dirhemlik malı kârlı olarak on bir dirheme sattıklarında kâr sermaye ile aynı cinsten ve aynı nitelikte olur. [11/166]

Ortaklar satın aldıkları malı, belirli bir mal karşılığında üzerine kâr koyarak satsalar, kâr daha önceki mâliyet fiyatına dayanır. Her birinin sermayeleri oranına göre bölüşülür.

Bu meselenin açıklaması Muhammed (rh.a.)'in "mudarebe" bahsinde belirttiği üzere şu şekilde yapılmıştır: Kişi devlet hazinesinin bastığı geçerli olan bin dirhem karşılığında bir şey satın alıp sonra bunu yüz dirhem kârla satsa, elde edilen kâr, anaparadan ayrı bir gelir (ğalle) olur. Eğer on dirhemlik şeyi on bire satsa kâr tıpkı bedelin kendisi gibi hazinenin bastığı para cinsinden olur. Bu ayırımla İsa b. Eban'ın Muhammed (rh.a.)'in görüşünü eleştirmesi konusunda belirttiğimiz yorumun geçersizliği ortaya çıkmaktadır. Çünkü Muhammed (rh.a.) orada şöyle demiştir: "Satım sonucunda elde ettikleri bedeli, bölüştürme gününde buğday ve

arpanın değerine göre bölüşürler." Muhammed (rh.a.) bunların tümünde kâra değil, bütün bedele itibar etmiştir.

Serahsî şunları söylemiştir:

*"el-Asl"*da yer alan cevabın doğruluğunu belirtmek için araştırma yaptıktan sonra şu aklıma geldi: Muhammed (rh.a.)'in görüşüne göre ölçülen ve tartılan şeylerde akit şirketi sermayelerin karıştırılması ile kurulur. Biz bunu açıklamıştık. Ancak karıştırma sermayenin kendisinde olunca hüküm; karıştırılan sermayelerin aynı veya farklı cinsten olmalarına göre değişmektedir. Çünkü karışım cinsler bir olduğunda gerçekleşir. Bizim meselemizde ise karıştırma satın alınan şey bakımındandır. Satın alınan şey ise; sermayelerin cinsi aynı olsun farklı olsun karışmış durumdadır. Bu nedenle satın alınan şey ortaklar arasında akit şirketi olur. Onlardan her birinin sermayesi de malı satın alırken ödedikleri şeydir. Bu sermayeler de benzeri piyasada bulunan mallardandır. Dolayısıyla bölüşüm sırasında bunların tahsil edilmeleri gerekir. İşte bunun için Muhammed (rh.a.) şöyle demiştir: "Malın satımından elde edilen bedel, ortaklar arasında buğday ve arpanın bölüşüm günü sahip olduğu değere göre bölüştürülür. Ticaret malları ise böyle değildir. Çünkü ticaret malları ile hiçbir durumda akit şirketi kurulamaz. Ortakların hakkı da kendi malının benzeri üzerinde olamaz. Çünkü ticaret malları standart (misli) mallardan değildir. Bu nedenle muteber olan, her birinin mallarının satım sırasında sahip oldukları değerleridir.

Ortaklar arasında çıkabilecek anlaşmazlıklar ve çözüm yolları

Bir kişi başka bir kişiye mudarebe yolu ile dinarlar verse, o kişi de bu paralarla iş yapsa (kâr olarak da bir mal satın alsa) ve daha sonra bu ikisi bölüştürülmesini isteseler; sermaye sahibi dinarlarını veya bu dinarlarla satın alınan malın bölüşüm gününde dinarların değerine denk düşen miktarını alabilir.

Çünkü mudarib (işletmeci) kâra ortaktır. Kâr, ancak sermayenin tümü mal veya değer olarak sermaye sahibinin eline ulaştıktan sonra ortaya çıkar. Biz, kârın hesaplanmasında sermayenin bölüşüm zamanındaki değerinin esas alınması gerektiğini belirtmiştik. Muhammed (rh.a) şirket konusunda işaret ettiği şeyi açıklamak üzere bu mudarebe konusuna değinmiştir.

Bu hükme aykırı olan kişi şu görüşte olmalıdır: 'Sermaye sahibi sermayeyi teslim ettiği gün onun sahip olduğu değeri alır."

Muhammed (rh.a) bu hükme aykırılık eden kişinin kim olduğunu açıklamamıştır. Denildiğine göre bu kişi Züfer (rh.a)'dir. O şöyle demektedir: "Sermayelerin cinsleri farklı olduğu için bir taraftan dirhem diğer taraftan dinar koymak suretiyle akit şirketi yapılması caiz değildir. Her biri satın alınan şeyin kendi parasından verdiği miktarına sahip olur. Bundan dolayı her birinin sermayelerini verdikleri tarihteki sermayelerin değerine itibar edilir."

"*en-Nevâdir*"de yer aldığına göre:

Bir kimse başka bir kişiye; kârı da zararı da ona ait olmak üzere çalışması için bin dirhem verse, parayı teslim alan kişi bu para ile henüz bir şey satın almadan önce para telef olsa parayı teslim alan kişi bunu öder.

Karz (Ödünç verme)

Çünkü parayı veren kişi kârın da zararın da tümünün ona ait olmasını koşul koyduğunda, ona borç vermiş olmaktadır. Bu koşul, parayı teslim alan kişinin kendi adına çalışacağına işarettir. Bu da ancak parayı borç olarak verdikten sonra olur. Karz hükmü ile bir şeyi teslim almak, ödeme yükümlülüğünü üstlenerek teslim almaktır. [11/167]

Paranın sahibi "kâr da zarar da aramızda ortak olmak koşulu ile bu para ile iş yap" dese sonra da diğer kimse para ile bir şey yapmadan önce telef olsa Ebû Yusuf'a göre parayı teslim alan kişinin ödemesi gerekmez.

Çünkü sermayeyi veren kişi ortaklık suretiyle bunu çalıştırmasını kendisine emretmiştir. Mal ortağın elinde emanet hükmündedir. Sermaye ile mal satın alındıktan sonra satın almanın gereği olarak sermayenin yarısı borç verilmiş hükmünde olur. Çünkü parayı teslim alan kişi, bunun yarısında malı kendisi için almış olmaktadır. Dolayısıyla malın yarısı için ödediği bedel kendisinin sermaye sahibinden aldığı karz (borç) olmaktadır. Malın satın alınmasından önce ise bu karz hükmü sabit olmaz. Bu yüzden de telef olması durumunda ödemesi gerekmez.

Muhammed'e göre bu mesele ile bundan önceki aynı hükme tâbidir.

Çünkü sermaye ile bir şey satın almadan önce para telef olsa, parayı teslim alan kişi, parçanın bütüne kıyas edilmesi prensibinden hareketle, kendisine bunu verene paranın yarısını öder. Çünkü sermaye sahibi, malın yarısında karşı tarafın zararı yüklenmesini koşul koymuştur. Bu da ancak borç vermek suretiyle olur. Çünkü mudaribin (işletmecinin) zarardan dolayı sorumluluğu yoktur. Bu nedenle biz sermaye sahibini malın yarısını diğer kişiye borç vermiş kabul ettik. Karz nedeni ile olan ödeme borç vermekle sabit olur.

İki kişi biner dirhem getirerek bunda ortak olsalar ve sermayelerini birbirine karıştırsalar, bu paradan telef olan kısım her ikisinden telef olmuş olur. Kalan da aralarında ortaktır.

Çünkü karışım aralarında ortaktır. Ortak maldan telef olan kısım şirket hesabından telef olmuş sayılır. Çünkü telef olan kısmı ortaklardan herhangi birine yüklemek mümkün değildir.

Ancak ortaklardan birinin malından telef olan veya kalan para bizzat biliniyorsa telef olan da kalan da onun hesabına olur.

Çünkü bu miktarda, karışım meydana gelmemiştir. Hangi paranın hangi ortağa ait olduğu ancak birinin dinarları sağlam, diğerininki kırık olması durumunda bilinebilir. Sağlam olan paralardan geri kalan kısmın sahibine ait olduğu bilinir. Bu hususta karışım öncesi ile sonrası eşittir. Ancak hangi paranın

hangi ortağa ait olduğu bilinmezse telef olan da kalan da aralarında karışıma kattıkları para oranında ortak kabul edilir. Böylelikle bu konuda karışım meydana gelmiş olur.

Vücuh Şirketi

İki kişi ortaya herhangi bir sermaye koymaksızın satın aldıkları kölelerin aralarında ortak olmaları koşuluyla şirket yapsalar bu caiz olur.

Bu, yalnız köle üzerinde yapılan vücuh şirketini bozuk (fâsit) kılar. Biz daha önce vücûh şirketinin mufâvada veya inanşeklinde olabileceğini belirtmiştik.

Sermaye ile inan şirketi yapma durumunda olduğu gibi; inan şirketi şeklinde kurulan vücuh şirketi de genel veya özel olabilir. Çünkü bu şirketin caiz olması vekillik esasına dayanır. Özel bir çeşit malı satın alma konusunda başkasına vekillik vermek geçerlidir. Yine ortaklar "bu ayda" diye sınırlandırdıklarında da caiz olur. Çünkü bu, vekillik konusunda süre belirlemektir. Vekillik hem süre hem de iş konusunda tahsis edilebilir.

Ortaklardan birisi 'ben bir mal satın aldım ve mal kendiliğinden telef oldu' dese ve diğer ortaktan malın bedelinin yarısını istese, onun bu ifadesi söz konusu miktar hususunda ortağı hakkında geçerli kabul edilmez.

Çünkü onlardan her biri satın alma konusunda diğerinin vekilidir. Satın almaya vekil olan kişiye para teslim edilmemiş iken o, "ben malı satın aldım ve mal telef oldu" dese malın bedelini vekil edenin zimmetine yükleme konusunda onun sözü doğrulanmaz. Ancak malın bedeli vekile teslim edilmişse durum farklıdır. Çünkü vekil emânet alan kimse durumunda olduğu için onun ödeme yükümlülüğü bulunmadığına dair sözü kabul edilir. Vekilin sözü kendisi için vekil edenin zimmetini alacakla yükümlü tutmak konusunda kabul edilmez. Çünkü o, bu konuda güvenilir değildir. Ancak satın almaya vekil kılındığı malın benzeri vekilin mülküne açıkça girdiğinde, vekilin bununla vekil edeni sorumlu tutması geçerli olur. Bu, satın almayı ikrar etmekle değil, bizzat gerçekleştirmekle olur. Burada da ortaklardan her biri, satın almayı gerçekleştirme konusunda ortağının zimmetini, kendi mülkiyetine açıkça soktuğu şeyin benzeri ile yükümlü tutmaktadır. İkrarda ise ortağın mülküne açıkça bir şey girmemektedir. Dolayısıyla bir ortağın zimmetini borçla yükümlü kılma konusunda diğer ortağın ikrarı doğrulanmaz.

[11/168]

Burada yemin ettikten sonra (zimmetinin borçla yükümlü olduğunu inkâr eden) ortağın sözü kabul edilir. Bu ortak "bildiğim kadarıyla" ifadesini kullanarak yemin eder.

Çünkü bu yemin, başkasının yaptığı bir fiil, yani malı satın aldığını iddia eden ortağın fiili üzerine yapılan yemindir. Başkasının fiili üzerine yemin etme ancak "bildiğim kadarıyla" veya "onun iddia ettiği şeyi bilmiyorum" şeklinde olur. Nitekim Resûlüllah (s.a.v.) kasâme ile ilgili hadiste buna işaret ederek şöyle demiştir:

يحلفُ لكُمُ اليهُودُ خمْسين يمينًا باللهِ مَا قتلُوهُ وَلا علمُوا لهُ قاتلًا

"Yahudiler size elli defa onu (öldürülen kişiyi) kendilerinin öldürmediklerine ve öldüreni de bilmediklerine dair Allah üzerine yemin ederler (etsinler)."[127]

Sermaye ile mal satın aldığını iddia eden ortak, onu satın alıp teslim aldığına dair tanık getirse sonra da malın telef olduğunu iddia etse, malın telef olduğuna dair yemin etmesi ile birlikte onun sözü kabul edilir.

Çünkü delil (tanıklar) ile sabit olan bir şey, bizzat görmekle sabit olmuş gibidir. Sonra bu ortak teslim aldığı malda diğer ortağının payı konusunda güvenilirdir. Bundan dolayı malın telef olduğu konusunda yemin ile birlikte onun sözü kabul edilir.

Malın bedelinin yarısını diğer ortaktan ister.

Çünkü vekil malı vekil edene vermekten kaçınmadığında, malın onun elinde telef olması bizzat vekil edenin elinde telef olması gibidir.

Aynı şekilde iki ortak bir mal satın alıp onu teslim alsa sonra da içlerinden biri bu malı satmak üzere teslim alsa ve "mal telef oldu" dese, yemin ile birlikte sözü kabul edilir.

Çünkü o, malın yarısında satma konusunda vekildir. Satıma vekil kılınan kişi elinde bulunan şey konusunda emin olduğundan, malın telef olması konusunda yemin ile birlikte onun sözü kabul edilir.

İki kişi ortaya sermaye koymaksızın;

Satın aldıkları şeyin aralarında yarı yarıya ortak olması ve

b. Ortaklardan birisinin kârın üçte ikisini diğerinin de üçte birini alması koşuluyla ortaklık kursalar bu şirket caiz, koşul ise geçersizdir.

Çünkü ortaklardan birisi, herhangi bir ödeme yükümlülüğünü üstlenmeksizin diğer ortağın mülkünün kârını kendisi adına koşul koymuştur. Halbuki Resûlüllah (s.a.v.), ödeme yükümlülüğü üstlenilmemiş şeyden kâr almayı yasaklamıştır. Koşul geçersiz olmakla birlikte, şirketin kendisi geçersiz koşulla bozuk (fâsit) hale gelmez. Bu nedenle ortaklardan her birinin satın aldıkları şeyi satmaları caizdir. Kâr, aralarında satın aldıkları şeydeki payları oranında yarı yarıya olur.

İki ortak ortaya sermayelerini veya kredilerini koymak suretiyle inan şirketi kursalar, daha sonra onlardan birisi bir mal satın alsa ve diğer ortak 'bu mal bizim şirketimizin malıdır' dese, malı satın alan 'Bu mal yalnızca bana aittir. Ben onu ortaklığı kurmadan önce kendi paramla kendim için aldım' dese, malı satın alanın sözü kabul edilir."

---

[127] Nesâî, Kasâme 4; Dârimî, Diyât 2; Dârekutnî, *Sünen*, III/109; Taberânî, *el-Mu'cemü'l-kebîr*, VI/99; Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, VIII/118; Tahâvî, *Şerh-u maâni'l-âsâr*, III/201; Zeyleî, *Nasbu'r-râye*, IV/458.

Çünkü dış görünüş kendisini desteklemektedir. Temel prensip şudur: Bir kişi bir tasarrufta bulunduğunda bunu başkası için yaptığına dair delil ortaya çıkmadıkça tasarrufu kendisi adına yaptığı kabul edilir. Ayrıca onun satın aldığı şeyde mülkiyet nedeni açıktır. Diğeri ise onun elinde bulunan şeyin bir kısmında hak iddia etmektedir. Bu durumda inkâr eden ortağın, "Allah'a andolsun ki bu mal şirketimize ait değildir" diye yemin etmesi ile onun sözü kabul edilir.

Şu söylenebilir: Bu mal çeşidi konusunda aralarında şirket akdinin bulunması, satın alınan şeyin aralarında ortak olduğuna dair açık bir delildir. Satın alan ortak "bu malı şirket akdinden önce satın aldım" demekle, malı kendisi için şirket akdinden daha önceki bir tarihte satın aldığını iddia etmektedir. Bu gibi durumlarda tarih ancak delil ile sabit olur.

Buna şu şekilde cevap veririz: Evet böyledir. Bu, diğer ortak lehine tanık olan
[11/169] bir tür dış görünüştür. Ancak dış görünüş, başkalarının hak talebinde bulunmasını önlemek için bir delil sayılırsa da, onunla hak kazanma sabit olmaz. Oysa diğer ortak kendisinin hakkı bulunduğunu isbat etmek zorundadır. Dış görünüş bunun için kendisine yeterli olmaz. Alıcı ise elinde bulunan mal üzerinde diğer ortağın hak isteminde bulunmasını engellemeye ihtiyaç duyar. Dış görünüş, bunun için yeterli bir delil oluşturur.

Bir kimse bir başkasına, belirli bir köleyi aralarında ortak olmak üzere satın alma konusunda emir verse, o kişi de 'evet alırım' dese ve gidip satın alsa, satın alırken de o köleyi yalnızca kendisi için aldığına tanık tutsa buna rağmen köle ikisi arasında ortak olur.

Çünkü bu kişi, kölenin yarısını diğer kişi adına satın alma konusunda vekildir. Vekil, vekil edenin bulunmadığı bir durumda kendisini azledemez. Nitekim vekil eden de vekilin haberi olmaksızın onu azledemez. Çünkü onların her birinin fiili diğeri hakkında bağlayıcıdır. Bu da tıpkı dinî yükümlülüklerin muhatap tarafından bilinmedikçe sabit olmaması gibi kişinin bilgisi olmaksızın gerçekleşmez. Ayrıca burada vekil, emir veren kişinin emrine uyma konusunda kendisini azletmiştir. Vekilin, vekil edenin emrine aykırı davrandığında azledilmesi hükmü, emre aykırı olarak yapılan tasarrufun vekil eden hakkında geçerli olmasını önlemek içindir. Halbuki emir verenin emrine uyma konusunda vekil edenin kendisini azletmesi mümkün değildir.

Buna göre iki kişi; her birinin bugün satın aldıkları şey aralarında ortak olmak üzere ortaklık yapsalar, onlardan hiçbirisi diğeri olmadan bu ortaklıktan ayrılamaz.

Çünkü onlardan her biri diğerinin vekilidir. Vekil eden, vekilin bulunmadığı bir durumda kendisine vekillik verdiği konuda onu azlettiğine dair tanık tutsa, bu göreve son verme (azil) geçerli olmaz. Bu nedenle vekil azledildiğini bilmeksizin

tasarrufta bulunsa, onun bu tasarrufu emri veren kişi hakkında geçerli olur. Şirkette de durum böyledir.

Bir kimse, bir başkasına belirli bir köleyi aralarında ortak olmak üzere satın almasını emretse, o kişi de bunu kabul ettikten sonra başka bir kişi ile karşılaşsa ve o kişi 'o köleyi seninle benim aramda ortak olmak üzere satın al' dese, muhatap bunu da kabul etse ve köleyi satın alsa, köle, alıcıya satın alma emrini veren iki kişi arasında yarı yarıya ortak olur. Alıcının kölede bir hakkı olmaz.

Çünkü ilk olarak emri veren kişi alıcıyı kölenin yarısını kendisi için satın alma konusunda vekil kılmıştır. Alıcının bunu kabul etmesiyle vekillik tamamlanmıştır. Ancak alıcı bu yarımı kendisi için satın alamayacak bir duruma gelmiştir. Aynı şekilde bu yarımı başka bir kişi için de satın alamaz. Çünkü alıcı başkasının izni ile onun için, ancak kendisinin satın alma hakkına sahip olduğu şeyi satın alabilir. Alıcının karşılaştığı ikinci kişi de köleyi aralarında ortak olmak üzere satın almasını emredince, kölenin yarısını onun adına almasını emretmiş olur. Alıcının bu ikinci kişi için satın alacağı kısım, ilk emir veren kişiye vekil olarak satın aldığı yarım değil, kölenin diğer yarısıdır. Çünkü her bir yarım mutlak olarak anılmış olsa bile emri verenlerin maksadı bu tasarrufu geçerli duruma getirmektir. Bunun geçerli olması ancak ikinci kişiye vekil olarak satın aldığı kısmın, kölenin diğer yarısı olması durumunda gerçekleşir.

Bu şuna benzer; iki kişi arasında ortak olan bir kölenin yarı payını ortaklardan birisi mutlak olarak satsa, bunun yaptığı satış sadece kendi payına yönelik kabul edilir.

Burada da ikinci emir verenin vekillik vermesi yalnızca kölenin diğer yarısına yönelik olmaktadır. Bu nedenle alıcı; sahip olduğu vekillikle kölenin bir yarısını ilk emir veren, ikinci yarısını da ikinci emir veren kişi için satın almış kabul edilir. Kendisi de aradan çıkar.

Satın alınan bir mala sonradan başkalarını ortak kılmakla İlgili hükümler

Kişi bir köle satın alarak onu teslim alsa, bir başka kişi de bu köle üzerinde onunla ortak olmak istese ve köle sahibi onu ortak kılsa, kölenin yarısı istemde bulunan kişiye ait olur.

Çünkü ortak kılmak; sahip olduğu şeyin yarısını sahip olduğu fiyata mülk edindirmek(temlik)tir. Eğer köle sahibi köleyi teslim aldıktan sonra sahip olduğu şeyin tümünü, satışı diğer kişiye yönlendirmek suretiyle onun mülkü yapsaydı bu geçerli olurdu. Kölenin yarısını temlik ettiğinde de böyledir.

Bunu şöyle açıklayabiliriz: Mutlak olarak yapılan şirket akdi eşit olmayı gerektirir. Nitekim Allahu Teâlâ şöyle buyurmuştur:

﴿ فَإِنْ كَانُوٓا أَكْثَرَ مِن ذَٰلِكَ فَهُمْ شُرَكَآءُ فِي ٱلثُّلُثِ ﴾ **[11/170]**

"Bundan fazla iseler üçte birde ortaktırlar." (en-Nisâ, 4/12)

Bu ifade, erkekler ile kadınların bu hususta eşit olmasını gerekli kılmıştır.

Bizim meselemizde kişi "seni ona ortak kıldım" dediğinde bunun anlamı "seni kendimle eşit kıldım" demektir. Bu ise malın yarısını onun mülkü yapmakla (temlikle) olur.

Aynı şekilde köleyi satın alan kişi tek bir akitte iki kişiyi köleye ortak kılsa köle aralarında her birine üçte bir düşecek şekilde ortak olur.

Çünkü bu kişi diğer iki kişiyi kendisi ile eşit kılmıştır. Bu eşitlik yalnızca köle üzerindeki paylar her birine üçte bir düşecek şekilde olduğu zaman gerçekleşir.

İki kişi bir köle satın alarak başka bir kişiyi daha bu köleye ortak yapsalar, kıyasa göre kölenin yarısı sonradan ortak olan kimseye ait olur. Diğerlerinin her biri kölenin dörtte birine sahip olur.

Çünkü ortak kılmak; satın alan ile ortak kılınan arasında eşitlik kurma yolu ile malı onun mülkü yapmaktır. Çünkü rivâyet edildiğine göre Ebû Bekir (r.a.) Bilal (r.a.)'i satın aldığında bunu Resûlüllah (s.a.v.)'a haber verdi. Resûlüllah da ona *"Beni de ona ortak kıl"* buyurdu. Bunun üzerine Ebû Bekir (r.a.) "ben onu özgür kıldım" dedi. Bundan anlaşılmaktadır ki ortak kılmak temlik etmektir. Bu nedenle Ebû Bekir, Bilal'i özgür kılarak bundan kaçınmıştır. Ortak kılma sözcüğü eşitliği gerektirir. Köleyi satın alan iki kişiden her biri onu kendisine eşit kılmak istediğinde kendi payının yarısını üçüncü kişiye temlik etmişlerdir. Bunun sonucu olarak kölenin yarısı onun olmuş diğerlerinin her birine ise dörtte bir kalmıştır.

İstihsana göre ise kölenin üçte biri üçüncü ortağın olur.

Çünkü iki kişi onu ortak kıldıklarında kendileri ile eşit yapmışlardır. Bu "ortak kılma" sözü, köleye sahip olma konusunda ortak kılan ile kılınanın eşit olmasını gerektirir. Bu da ancak daha önceden köleye sahip olan iki ortağın her biri, köledeki payının altıda birini bu kişiye vermesi ile onun üçte bire sahip olması ile gerçekleşir. Bunun sonucunda her bir ortak kölenin üçte birine sahip olmuş olur.

Bu şöyle açıklanabilir: İki kişi diğer kişiyi köleye ortak kıldıklarında onu bir anlamda kendileri ile birlikte köleyi satın alan kişi konumuna sokmuşlardır. Bu kişi köleyi diğer iki kişi ile birlikte satın almış olsaydı, kölenin üçte biri kendisine ait olurdu.

Ortaklardan biri, üçüncü bir kişiyi kendisinin ve ortağının payına dahil ederse ve ortak da bunu onaylarsa; kölenin yarısı üçüncü kişinin diğer yarısı da önceden ona sahip olan ortakların olur.

Çünkü ortaklardan birinin üçüncü kişiyi kendi payına dahil etmesi, derhal yürürlük kazanır. Ortağının payına dahil etmesi ise onun onaylamasına bağlıdır. Onay verdikten sonra diğer ortak da üçüncü kişiyi kendi payına dahil etmiş olur.

Bu durumda iki ortaktan her biri bağımsız bir akitle üçüncü kişiyi kendi payına dahil etmiş gibi olmaktadır.

İbn Semâa', Ebû Yusuf (rh.a.)'tan şu şekilde rivâyet etmiştir: Köleyi satın alanlardan biri başka bir kişiye "seni bu köleye ortak kıldım" dese ve onun ortağı da bunu onaylasa, köle her birine üçte bir pay düşecek şekilde aralarında ortak olur.

Çünkü sonradan verilen onay, baştan verilen izin gibidir. İlk ortak diğerinin izni ile o kişiyi ortaklığa dahil etseydi, bu köle aralarında her birine üçte bir düşecek şekilde ortak olurdu. Çünkü onaylayan, nedeni (yani ortak kılmayı) bizzat gerçekleştirmemiş, ona razı olmuştur. Onaylama zamanında sabit olan hüküm, akdin yapıldığı ana dayandırılır. Bu durumda her iki ortak üçüncü kişiyi birlikte ortak kılmış gibi olmaktadır. Dolayısıyla her biri kölenin üçte birine sahip olur.

Aynı şekilde, ortaklardan birisi üçüncü bir kişiyi kendi payına ortak kılmakla birlikte ne oranda ortak kıldığını belirtmese sonra da diğer ortak o kişiyi kendi payına ortak kılsa kölenin yarısı üçüncü kişinin olur. Diğer ortakların her birine kölenin dörtte biri düşer.

Çünkü onlardan her biri üçüncü kişiyi bağımsız bir akit yapmak suretiyle kendi payının yarısına ortak kılmıştır. Bununla her biri kendi payının yarısını ona temlik etmiş, devretmiş olmaktadır.

İbn Semaa', Ebû Yusuf (rh.a.)'tan şunu rivâyet etmiştir: Köleyi satın alan iki kişiden birisi, üçüncü bir kişiye "ben seni bu kölenin yarısına ortak kıldım" dese, kendisine ait bütün payı ona temlik etmiş, devretmiş olur. Bu tıpkı "seni bunun yarısı karşılığında ortak kıldım" demesi gibidir. Görmezmisin köleyi bir kişi satın almış olsa ve başka bir kişiye "seni bu kölenin yarısına ortak kıldım" deseydi, "kölenin yarısı karşılığında seni ortak kıldım" demesi durumunda olduğu gibi kölenin yarısı ona ait olurdu. Ancak "seni kendi payıma ortak kıldım" demesi [11/171]
bundan farklıdır. Çünkü o bu ifade ile فی harfini ب harfi yerine koymak suretiyle payının tümünü devretmiş (temlik etmiş) olarak kabul edilemez. Çünkü o "seni, benim payım karşılığında ortak kıldım" dese, bu geçersiz olur. Bu nedenle kendi payının yarısı diğer kişiye ait olur.

Bir kimse bir köle satın alsa ve bunu teslim almadan önce başka bir kişiyi ortak kılsa bu caiz olmaz.

Çünkü bu kişinin teslim almadığı bir şeyi satması olur. Halbuki bu yasaklanmıştır. Nitekim bu kişi kölenin tümünü, teslim almadan önce diğer kişiye tevliye yolu ile (kârsız-mâliyeti üzerinden) satsa idi bu geçerli olmazdı. Aynı şekilde kölenin bir kısmında diğer kişiyi ortak kılması da geçerli olmaz.

Köleyi satın alan kişi onu teslim aldıktan sonra diğer kişiyi ortak kılsa ve köleyi ona teslim etmeden önce köle telef olsa, tıpkı köleyi tevliye yolu

ile diğerine satması durumunda olduğu gibi, ortak olan kişi kendi payına düşen bedeli ödemek zorunda değildir.

Çünkü bu köleyi satın alan kişi, ona sonradan ortak olan kişi açısından satıcı konumundadır. Teslimden önce malın satıcının elinde telef olması satışı geçersiz kılar.

Muhammed (rh.a.) *"el-Asl"*da kişi, kölenin yarısını kabzettikten sonra başka bir kişiyi ona ortak kılarsa hükmün nasıl olacağını anmamıştır. Bunun cevabı şöyledir; Kölenin bir kısmını bütününe kıyas edersek o kişinin kölenin yarısında diğerini ortak kılması geçerli olur.

Şu söylenebilir: "Bu kişinin yaptığı tasarrufu geçerli olarak kabul etmek için; yalnızca teslim aldığı paya diğerini ortak kıldığı kabul edilmesi gerekirdi. Nitekim iki kişi arasında ortak olan bir kölede ortaklardan birisi kölenin mutlak olarak yarısını satarsa bu satış yalnızca kendi payına yönelik olur."

Buna şu şekilde cevap veririz: Ortak kılmak eşitliği gerektirir. Bu eşitlik de ancak kişinin ortak kılması bütün köleye yönelik olarak kabul edildiğinde gerçekleşir. Sonra bu ortak kılma, koşul gerçekleştiği için teslim alınan kısımda geçerli olur iken, koşul gerçekleşmediğinden dolayı teslim alınmayan kısımda geçerli olmaz. Eğer ortak kılma yalnızca teslim alınan kısmın devredilmesine (temlik edilmesine) yönelik kabul edilirse, iki kişi arasında eşitlik olmaz. Bir tasarrufu geçerli duruma getirmek; ifadede yer alan şeye aykırı olmayacak tarzda yapılır. Bu meselede ortak kılmayı yalnızca teslim alınan payda düşünmek, ifadeye aykırı olmaktadır. Ancak iki ortaktan birinin, teslim alınan kısmın yarısını satması bundan farklıdır. Çünkü bu durumda satım akdini geçerli duruma getirmek için, satılan kısmın onun kendi payı olduğunu kabul etmek, ifadeye aykırı olmamaktadır.

Satın alınacak bir malda akitten önce ortaklık yapmak

İki kişi, bir köleyi satın almadan önce onun üzerinde ortaklık kurarak her birisi 'bu köleyi hangimiz satın alırsa diğerini ona ortak kılmış olur' veya 'diğeri de o köleye ortak olur' derlerse bu caiz olur.

Çünkü onlardan her biri diğerini kölenin yarısını kendisi adına satın alma konusunda vekil kılmaktadır. Köleyi hangisi satın alırsa, yarısını kendisi yarısını da arkadaşına vekil olarak onun adına satın almış olur. Köleyi teslim aldığında her ikisi teslim almış gibi olur. Çünkü satılan şeyi teslim almak akdin hukukundandır. Akdin hukuku da akdi yapana aittir. Sonra vekilin mal üzerindeki hâkimiyeti; malı vekil edenden esirgemedikçe vekil edenin hâkimiyeti gibidir. Bu nedenle köle bu sırada ölse her iki ortağın hesabından ölmüş olur.

İki kişi köleyi birlikte satın alsa veya birisi diğerinden önce yarısını satın alsa sonra da diğeri yarısını satın alsa, köle ikisinin arasında yarı yarıya ortak olur.

Çünkü bu iki kişi köleyi birlikte satın aldıklarında onlardan her biri kölenin yarısını kendisi için satın almış olur. İki kişiden biri kölenin yarısını satın aldığında, bu kölenin yarısını kendisi için yarısını da arkadaşı için satın almış olur. Bu nedenle köle aralarında ortak olur.

Onlardan birisi diğerinin emri ile veya emri olmaksızın kölenin bedelini öderse; bu ödemeden önce de belirttiğimiz şekilde ortaklık yapmış olsalar, bedeli ödeyen yarısını ortağından alır. [11/172]

Çünkü daha önce aralarında yaptıkları akit ile onlardan her biri; kendi parasından bedeli ödeme konusunda ortağının vekili olmuştur. Nitekim köleyi onlardan yalnız birisi satın alıp bedeli ödese idi, bu vekâlet hükmüne bağlı olarak ödediği bedelin yarısını ortağından geri alırdı. Köleyi ikisi satın alıp, yalnızca birisi bedeli ödediğinde de durum böyledir. Çünkü bu kişi bedelin yarısını kendi adına, diğer yarısını da vekillik nedeni ile ortağı adına ödemiştir. Dolayısıyla onun adına ödediğini ondan geri alır.

İki ortaktan her biri diğerinin köleyi satmasına izin verir ve daha sonra bir ortak "yarısı kendisine ait olması" koşuluyla köleyi satarsa, kölenin bedelinin yarısı karşılığında ortağının payını satmış olur.

"Yarısı hariç" köleyi satarsa satım bedelinin tümü ve kölenin diğer yarısı kendisi ile ortağı arasında yarı yarıya ortak olur. Bu, Ebû Hanîfe (rh.a.)'nin görüşüne kıyas yolu ile çıkarılan hükümdür.

Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.)'e göre ise satış, yalnızca satılması emredilen yarım üzerinde olur.

Bu meselenin açıklanması iki şeyin bilinmesini gerekli kılmaktadır:

Birincisi; Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre köleyi satmaya vekil olan kişi kölenin yarısını satma yetkisine sahiptir. Kölenin yarısını satmaya vekil olan kişi de bu yarımın yarısını satma yetkisine sahiptir. Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.)'e göre ise vekilin bu yetkisi yoktur. Biz bu meseleyi "Vekâlet" kitabında açıkladık.

İkincisi; Köle bir kişinin olur da o kişi başka birine "yarısı hariç, bu köleyi sana bin dirheme sattım" dese yarısını bin dirheme satmış olur. "Yarısı bana ait olmak koşulu ile bu köleyi sana bin dirheme sattım" derse kölenin yarısını beşyüz dirheme satmış olur. Çünkü istisna ve istisna ile kayıtlanmış söz; istisna edilen şeyin dışındakinden ibarettir. Bunu söyleyen kişi sanki "Bu kölenin yarısını sana bin dirheme sattım" demiş gibidir. "Yarısı bana olmak koşuluyla" sözü ise istisna değildir. Aksine bu ifade sözün ilk kısmı ile çelişmektedir. İlk teklif (îcab) kölenin bütününü kapsamakta iken bu çelişki ile kişi îcabını, kölenin yarısı muhataba, yarısını da kendisine ait olacak şekle getirmiştir. Bunu yapması, kayıtlı olduğu zaman geçerlidir. Görmez misin mudarebe akdinde sermaye sahibi, işletmeciden bir mal satın aldığında her ne kadar kayıtlı olması nedeni ile bu mal kendisine ait

olsa bile, satın alma geçerli olur. Aynı şekilde burada da kişinin köleyi satın alma konusunda kendisini muhataba bitiştirmesi, kölenin bölüşümü bakımından kayıtlanmıştır. Bu nedenle kölenin yarısını muhataba beşyüz dirheme satmış olur.

Bu anlaşıldıktan sonra şunları söyleriz: O iki kişiden köleyi satan, burada kölenin yarısını kendisinin mülkü olması hükmüne dayanarak, diğer yarısını da ortağına vekil olarak satmaktadır. Bu kişi "Bu köleyi yarısı bana ait olmak üzere sana sattım" dediğinde yaptığı îcap kölenin bütünü için geçerli olur. Daha sonra "yarısı bana ait olmak üzere" sözü bununla çelişmektedir. Bu, bedelin bölüşülmesi ve kendi payının mülkiyetinde devam etmesi konusunda dikkate alınır. Bu durumda kölenin yarısını, bedelin yarısı karşılığında alıcıya teklif etmiş olur. "Yarısı hariç onu sattım" dediğinde bu söz "yarısını şu fiyata sattım" demek gibi olur.

[11/173] Ebû Hanîfe'ye göre bu yarım her iki kişinin sahip olduğu yarıya yorumlanır. Çünkü vekillik olmadan önce kişi bunu söylediğinde, sözün kendi payına yorumlanması yaptığı tasarrufu geçerli kabul etmek içindir. Vekillikten sonra ise satış onun payında belirli duruma gelmese bile tasarrufu geçerli olur. Çünkü Ebû Hanîfe (rh.a.)'nin temel prensibine göre; kölenin yarısını satmaya vekil olan kişi bu yarımın yarısını satabilir. Bu nedenle bedelin tümü ve kölenin yarısı ortağı ile arasında yarı yarıya olur. Ebû Yusuf ve Muhammed(rh.a.)'e göre ise bu kişinin tasarrufunu her iki payda geçerli olarak kabul etmek mümkün değildir. Çünkü kölenin yarısını satmaya vekil kılınan kişi, bu yarımın yarısını satamaz. Dolayısıyla yaptığı tasarrufu geçerli sayma bakımından onun satışı yalnızca kendi payına yorumlanır.

Bir kimse bir köle satın aldıktan sonra başka bir kişiye 'benim adıma satıcıya bedeli ödemen koşuluyla seni bu köleye ortak kıldım' dese ve diğer kişi de satıcıya parayı ödese bu şirket geçersiz olur.

Çünkü bu kişi kölenin yarısını, bedelin yarı fiyatına satmak suretiyle diğer kişiye devretmiş (temlik etmiş) ve bu satışta bedelin tümünü kendisi adına satıcıya ödemesini koşul koymuştur. Oysa Resûlüllah (s.a.v.) koşullu satışları yasaklamıştır. Dolayısıyla bu koşul nedeniyle aralarındaki satış geçersiz olur.

Söz konusu durumda diğer kişi kölenin bedelini bu kişi adına satıcıya ödemiş olsa, ödediğini bu ondan geri alır.

Çünkü o, satın alan kişinin emri ile onun borcunu ödemiş ve kendisi de köleden hiçbir pay elde etmemiştir. Çünkü böyle bir ortak kılma geçersizdir. Bozuk satış, teslim alma gerçekleşmemişse hiçbir sonuç doğurmaz.

Ortak malın satım bedelinin ortaklar arasında bölüşülmesine ilişkin esaslar

Bir kimse bir kölenin yarısını yüz dirheme satın alsa, başka bir kişi de aynı kölenin geriye kalan yarısını iki yüz dirheme satın alsa sonra da;

a. Köleyi (maliyet fiyatını belirtmeksizin) pazarlık yapmak suretiyle üç yüz veya iki yüz dirheme satsalar, elde edilen bedel aralarında yarı yarıya ortak olur.

b. Köleyi yüz dirhem kâr eklemek suretiyle kârlı (murabahalı) olarak veya on dirhemi on bir dirhem olacak şekilde (yüzde on kârla) satarlarsa bedel aralarında üçte bir ve üçte iki oranında (kölenin yarısını yüz dirheme satın alan ortağa bir pay, kölenin yarısını iki yüz dirheme satın alana iki pay olacak şekilde) olur.

c. Aynı şekilde bu köleyi maliyet fiyatına veya zararına satsalar, elde edilen bedel üçte bir ve üçte iki oranına göre paylaşılır.

Çünkü pazarlık yolu müsaveme ile olan satışta bedel mülkün karşılığıdır. Bu nedenle bu satışta mâliyet fiyatı değil, satılan şey üzerindeki mülkiyetin oranı dikkate alınır. Bu nedenledir ki hibe edilen veya standart (mislî) mallardan olmayan ticaret malı (urûz) karşılığında satın alınan bir malın pazarlık yolu ile satışı caizdir. Bundan anlaşılmaktadır ki bu satışta elde edilen bedel, satılan şey üzerindeki mülkiyetin karşılığıdır. Bizim örneğimizde her iki ortak köle üzerindeki mülkiyet hususunda birbirine eşittir. Bu nedenle onun bedelinde de eşit olurlar.

Murabaha, tevliye ve vadîa satışlarında (Yani maliyet fiyatı esas alınarak yapılan kârlı satış, maliyetine satış veya zararına satışlarda) ise maliyet fiyatı esas alınır. Görmezmisin hibe olarak alınan, miras olarak kalmış olan ve standart (mislî) olmayan bir ticaret malı karşılığında satın alınan şeylerin bu yolla satılması mümkün değildir. Bizim örneğimizde kölenin maliyet fiyatı; ortaklardan biri açısından kölenin tüm bedelinin üçte biri, diğeri açısından ise üçte ikisidir. Kölenin satımından elde edilen satış satım bedelinde de aynı durum geçerli olur.

Bu fark şu şekilde açıklanabilir; Maliyet fiyatı üzerine kâr koymak suretiyle yapılan satışta biz bedelin değerini belirlemede; maliyet fiyatını değil de köle üzerindeki mülkiyeti esas alırsak bu satış ortaklardan birisi açısından kârına diğeri açısından ise zararına satış olur. Oysa her iki ortak kendi paylarını kârına satacaklarını açıkça belirtmişlerdir. Öyleyse burada pazarlık usulü olan satışın aksine maliyet fiyatını esas almak koşuldur.

İki kişi; peşin ve veresiye olarak mal satın alıp satma şeklinde bir malın ticaretini yapma konusunda inan şirketi kursalar, daha sonra onlardan birisi bu mal dışında bir şey satın alsa, bu yalnızca kendisine ait olur.

Çünkü ortaklardan her biri şirket akdinin hükmü gereğince birbirinin vekili olmaktadır. Vekillik ise sınırlandırmaya uygundur. Ortaklar belirli bir malla sınırlandırma yaptıklarında, onlardan her biri bunun dışında bir mal satın alma konusunda birbirine karşı üçüncü kişi konumunda olurlar. Dolayısıyla da bu malı kendisi için satın almış olur.

Ancak şirket akdinde belirlenen malı, ortaklardan her birinin peşin veya veresiye olarak alıp satması ortağı hakkında da geçerli olur.

Çünkü şirket kurma sırasında ortaklar bunu açıkça ifade etmişlerdir. Üstelik bunu belirtmemiş olsalardı bile hüküm yine böyle olurdu. Çünkü mutlak olarak vekil kılma nedeniyle vekil; peşin veya veresiye olarak vekil edeni adına âlim satım yapma yetkisine sahip olur. İşte mutlak olarak yapılan şirket akdinde de böyledir.

[11/174]

Ancak ortaklardan birisi; dinar, dirhem, ölçülen ve tartılan şeyler karşılığında veresiye olarak bir mal satın aldığında, elinde satım bedeli cinsinden şirket sermayesi bulunuyorsa, yaptığı tasarruf şirket adına geçerli olur. Eğer bu cins sermaye bulunmuyorsa, satın aldığı şeyi kendisine almış olur.

Çünkü onun satın alması diğer ortak hakkında da geçerli olsa, mal sahibinden borç almış olur. İnan şirketinde ortak ve mudarebe akdinde işletmeci herhangi bir kayıt anılmaksızın yapılan akit ile borç alma yetkisine sahip olamazlar. Çünkü onların borç almaları geçerli olursa, şirket ve mudarebe malı artmış olur. Halbuki ortaklardan her birisi diğerinin yalnızca sermaye olarak belirledikleri miktar üzerinde tasarrufta bulunmasına razı olmuştur. Bundan dolayı bu ortağın belirttiğimiz durumda veresiye olarak satın alma tasarrufunda bulunması yalnızca kendisi hakkında geçerli olur.

Eğer ortağın elinde bulunan sermaye dirhem ise ve kendisi dinarlar karşılığında veresiye olarak bir mal satın alırsa, bize göre istihsan yolu ile bu malı şirket adına satın almış olur.

Kıyasa göre ise –ki bu aynı zamanda Züfer (rh.a)'in de görüşüdür-"dirhemler ve dinarlar kıyasa göre birbirinden farklı iki cinstir" diye bilinen prensibe göre, bu malı kendisi için satın almış olur.

İstihsana göre ise; bunlar birini diğerine ekleme ve nisabı tamamlama vb. konularda tek bir cins gibi kabul edilirler.

Züfer (rh.a.)'e göre dinarlar ve dirhemlerin şirket hükmü açısından birbirinden iki farklı cins olduğunu, bu nedenle de ortaklardan birinin sermayesi dirhem, diğerininki de dınarlardan ibaret olduğunda, şirketin geçerli olmayacağını belirtmiştik. Aynı şekilde veresiye olarak mal satın alma konusunda da Züfer'e göre dirhemler ve dinarlar birbirinden farklı iki cinstir. Bize göre ise şirketin geçerli olması konusunda bu paralar tek bir cins olarak kabul edildiği gibi diğer ortak adına veresiye olarak mal satın alma konusunda da tek bir cins olarak kabul edilir.

Şirket akdinde ortakların borç ikrarında bulunması

Ortaklardan biri, yaptığı ticaretten kaynaklanan bir borç ikrarında bulunur, diğeri ise bunu inkâr ederse, eğer borç doğuran tasarrufu, ikrarda bulunan kişi gerçekleştirmişse borcun tümü ona ait olur.

Çünkü akdin hukuku; ister vekil olarak isterse kendi adına yapmış olsun akdi yapana aittir.

Diğer ortak tasarrufu birlikte yaptıklarını ikrar ederse borcun yarısı ona gerekli olur.

Çünkü o, borcun yarısının kendisine diğer yarısının da ortağına ait olduğunu ikrar etmektedir. Şirket akdinde, ortaklardan biri diğerinin zimmetini bağlayacak bir borç ikrarında bulunma yetkisine sahip değildir. Bu nedenle onun ortağı hakkında ikrarı geçersiz olmuştur.

Eğer tasarrufu diğer ortağın gerçekleştirdiğini ikrar ederse, o ortağa bir şey gerekmez.

Çünkü bu durumda o başkası aleyhine ikrarda bulunmuş olur. Onun yaptığı ikrarla başkasının zimmetini borçla yükümlü kılma yetkisi de yoktur.

Mufâvada şirketinde durum farklıdır. Çünkü bu şirket hem kefillik hem de vekilliği birlikte içermektedir. Bu nedenle ortaklardan her biri diğerinin yüklendiği borca kefil olmaktadır. Onlardan birisi bir borç ikrarında bulunduğunda kefillik hükmüne bağlı olarak, her birisi bu borcun tümünden sorumlu olmaktadır.

İnan şirketi ise kefilliği değil yalnızca vekilliği içermektedir. Vekillik hükmüne bağlı olarak ortaklar birbirinin borçlarından sorumlu tutulamazlar.

İnan şirketinde ortakların bir kişide alacakları olsa ve ortaklardan birisi bunu ertelese, bu erteleme diğer ortak hakkında geçerli olmaz. Mufâvada şirketinde ise böyle değildir.

Çünkü bu şirkette iki ortak ticaretle uğraşanların faaliyetleri konusunda tek bir kişi gibi kabul edilirler. Borcu ertelemek de ticaretle uğraşanların yaptığı işlerden olduğundan, ortaklardan birinin bunu yapması her ikisinin yapması gibi kabul edilir. Oysa inan şirketinde ortaklar tek bir kişi gibi olmamışlardır. Ayrıca mufâvada şirketinde ortaklardan her biri diğer ortağın yaptığı tasarruf sonucu doğan alacağını borçludan talep etme hakkına sahiptir. Dolayısıyla bunu erteleme hakkına da sahip olur. Oysa inan şirketinde bir ortağın yaptığı tasarruf sonucu doğan alacağı diğer ortak borçludan isteyemez. Dolayısıyla bu alacağın diğer ortağa ait olan kısmını da erteleyemez. Alacak üzerindeki kendi payını erteleme hakkının bulunup bulunmadığı Ebû Hanîfe ile Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.) arasında ihtilaflıdır. Bu konu "Sulh" kitabında açıklanmaktadır.

Ortaklardan biri, ticaretini yapma konusunda ortaklık yaptıkları türden bir mal satın alsa ve onda bir kusur bulsa, diğer ortak bu malı geri verme yetkisine sahip değildir. [11/175]

Çünkü malın kusurlu olması nedeni ile geri verilmesi akdin hukukundandır. Bu ise akdi yapana aittir. Ayrıca diğer ortak malın yarısı konusunda yabancı bir kişi,

diğer yarısında da vekil eden konumundadır. Vekil eden, vekilin satın aldığı maldaki kusur konusunda satıcıyı dâva etme hakkına sahip değildir.

Aynı şekilde ortaklardan birisi mudarebe yolu ile bir mal alıp bundan kâr elde etse, kâr yalnızca kendisine ait olur.

Çünkü mudarebe malının aralarındaki ortaklıkla bir ilgisi yoktur. Bu nedenle malı alan kişinin bu mal üzerindeki tasarrufu tamamen kendisine aittir. Mudaribin kâra hak kazanması çalışması ile olur.

Ortakların her birinin şirket işleri dışında karşılaştığı zarar yalnızca kendisine ait olur.

Çünkü ortaklık yaptıkları şey dışında onlardan her biri diğer ortağa karşı yabancı bir kişi konumundadır. Bu nedenledir ki:

Ortaklardan birisi, şirket işleri dışındaki bir konuda ortağı lehine tanıklık yapsa bu geçerli olur.

Çünkü o, yaptığı tanıklıkta zan altında bulunmayan adil bir kişidir.

Ancak şirket ile ilgili bir konudaki tanıklık bundan farklıdır.

Çünkü bu kişi, hakkında tanıklık yapılan maldaki kendisine ait pay nedeni ile tanıklığında töhmet altında bulunmaktadır.

Ortakların şirket sermayesi üzerindeki yetkileri

Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre inan şirketinde ortaklardan her biri, diğer ortak izin vermese bile bidâa (sermayeyi işletip, anapara ve kârın tümünü şirkete geri verme yöntemi) veya mudarebe yolu ile şirket sermayesinden başkasına verebilir.

Yine inan şirketinde ortaklar, mudarebe akdinde mudaribin yapması caiz olan bütün şeyleri şirket sermayesi ile yapma yetkisine sahiptirler. Bu aynı zamanda Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.)'in de görüşüdür.

Bu mesele bir kaç hususu barındırmaktadır:

Birincisi; Ortaklardan birisi bir tasarrufu gerçekleştirme konusunda birisini vekil atayabilir. Bu istihsana göre verilmiş bir hükümdür. Kıyasa göre bunu yapamaz. Çünkü ortaklardan her biri diğerinin vekilidir. Vekilin başkasını vekil belirleme yetkisi yoktur. Vekil eden (diğer ortak) başkasının değil, yalnızca onun görüşüne razı olmuştur. İstihsana göre ise; vekil belirlemek ticâret yapanların âdetlerindendir. Ortaklardan her biri buna mecbur kalabilir. Çünkü kâr ancak var olan ve olmayan ticaretle meydana gelir. Ortaklardan her biri iki çeşit ticareti bizzat yapmaktan acizdirler. Bu nedenle bu ticaretten bir türünü gerçekleştirme konusunda başkasını vekil atamaktan başka çaresi yoktur. Böylelikle onların hedefledikleri kâr meydana gelmiş olur. Dolayısıyla onlardan her biri delalet yolu ile bu konuda ortağına izin vermiş sayılır.

Ayrıca şirket akdinin içerdiği vekillik genel vekillik gibidir. Bu nedenledir ki satın alınacak şeyin cinsini ve niteliğini açıklamaksızın yapılması da caizdir. Genel vekillikte vekil başkasını vekil atama yetkisine sahiptir. Kişi vekiline "nasıl uygun görüyorsan öyle hareket et" dediğinde vekilin başkasını vekil atama yetkisi olur.

Aynı şekilde ortaklardan birisi şirket malını herhangi bir ücret almaksızın işletmek üzere bir başkasına verebilir.

Çünkü bu ticaret erbabının yaptığı işlerdendir. Ayrıca kişi ticaret malları üzerinde tasarrufta bulunmak üzere bir kişiyi çalıştırdığında bu diğer ortak hakkında da geçerli olur. Ücretsiz olarak çalışacak bir kişi bulunduğunda ise sermayeyi ona vermek öncelikle caiz olur.

Aynı şekilde her bir ortak şirket malını emanet olarak bırakma yetkisine sahiptir.

Çünkü şirket malını korumak üzere para ile birisini tutması caiz olduğuna göre, parasız olarak malını korunmak üzere emanetçiye bırakması öncelikle caiz olur.

Her bir ortak şirket malından bir bölümünü mudarebe yoluyla bir başkasına verme yetkisine sahiptir.

Çünkü o, zimmetinde ödeme yükümlülüğü bulunacak şekilde şirket malında ücretle tasarrufta bulunacak kişiyi çalıştırabildiğine göre, zimmette ödeme borcu olmaksızın, çalışma sonucu elde ettiği kârın bir bölümü kendisine ait olmak koşuluyla şirket malında tasarrufta bulunmak üzere bir kişiyi çalıştırması öncelikle caiz olur. Çünkü bu her iki ortak açısından da daha yararlıdır. [11/176]

Hasen b. Ziyâd'ın Ebû Hanîfe (rh.a.)'den rivâyet ettiğine göre inan şirketinde ortaklar şirket malını mudarebe yoluyla başkasına veremezler. Çünkü bu, kâr konusunda işletmeciyi (mudaribi) şirkete ortak kılmaktır. Dolayısıyla tıpkı şirket akdi yapmak gibidir. Oysa ortakların başkasını şirket malına ortak etme yetkileri yoktur. Aynı şekilde mudarebe yoluyla malı verme hakları da bulunmamalıdır.

Muhammed (rh.a.)'in *"el-Asl"* da andığı cevap daha doğrudur.

Bu konuda şirket ile mudarebe arasındaki farkın delili şudur: Bir akitle elde edilen şey bu akdin tâbilerindendir. Bir şeye; ondan daha üstün veya eşit olan değil, ondan aşağı olan şey tabi olur. Mudarebe de şirketin altındadır. Görmezmisin mudaribin zarardan bir sorumluluğu yoktur. Mudarebe akdi bozuk (fasit) olursa mudarib kârdan bir şey alamaz. Bundan dolayı mudarebe akdini şirket akdinin içinde kabul etmek mümkündür. Çünkü mudarebe şirketin altındadır. Ancak başka kişi ile ortaklık yapmayı, ilk kişi ile ortaklık yapmak gibi saymak ve ona tabi olan hususlardan kabul etmek mümkün olmaz. Bu, Muhammed (rh.a.)'in şu sözüne benzemektedir: "Mudarib başkasını vekil atayabilir. Çünkü vekillik akdi, mudarebenin altındadır. Ancak mudarib, malı başkasına mudarebe yapmak sureti

ile veremez. Çünkü ikinci mudarebe birincinin benzeridir. Birincinin içine dahil olmuş sayılamaz. Bu nedenle vekil, başkasını mutlak olarak vekil atayamaz. Çünkü ikinci vekillik birinci gibi olur." Ancak bunların tümü başkası hakkındadır. Kendisi açısından ise kendisine ait olan şeyin benzerini başkasına teklifte (îcapta) bulunabilir. Bu nedenle mükâtep, başkası ile mükâtebe akdi yapabilir. Ticaret yapmasına izin verilmiş köle de kendi kölesine ticaret konusunda izin verebilir. Çünkü üzerindeki kısıtlamanın kalkması nedeni ile mükâtep ve izinli köle kendisi adına tasarrufta bulunmaktadır.

MUFÂVADA ŞİRKETİ

Ebû Sîrîn (rh.a)'den rivâyet edildiğine göre o, "Ticaret malları ile ve zimmette olan alacakla şirket kurmak caiz değildir" demiştir.

Bu söz sermayeyi ortaya koymanın koşul olduğunu göstermektedir. Ancak şirkete mal alımı sırasında, sermayenin hazır bulunması ile, şirketin kurulduğu sırada hazır bulunması eşittir. Buna göre;

Bir kimse, diğerine mal satın alması için bin dirhem verse, bin dirhem de bu kimsenin koymasını istese, aralarında bu şekilde bir ortaklık kursalar, diğer ortak mal alımı sırasında bin dirhemi hazır bulundurunca ortaklık meydana gelmiş olur.

Çünkü ortaklıkla amaçlanan şey ortaklık kurmuş olmak değil tasarrufta bulunmaktır. Sermayenin amaçlanan şey gerçekleşeceği sırada getirilmesi, akit zamanında getirilmesi gibidir.

Şa'bî (rh.a)'den rivâyet edildiğine göre o şöyle demiştir: "Kârın paylaşılması, iki kişinin anlaşmasına göre, zarara katlanma ise sermaye oranlarına göredir." Şirkette de böyledir. Bu aynı zamanda Ali (r.a.)'den de rivâyet edilmiştir. Biz de bu hükmü kabul etmekteyiz. Şirket mudarebeye kıyas edilir. Nasıl ki mudarebe akdinde kârın paylaşılması anlaşmaya göre, zarar ise sermayeye ait oluyor ise şirkette de böyledir.

Ali (r.a.)'den rivâyet edildiğine göre o şöyle demiştir: "kârı bölüştüren kişi ödemekle yükümlü değildir." Bunun açıklaması şu şekildedir: "Hem mudarebede hem de şirkette zarar sermaye oranına göredir." Çünkü zarar, sermayenin bir bölümünün telef olmasıdır. Mudarib ve ortak kendi ellerinde bulunan mal konusunda güvenilirdirler (emindirler). Malın emin kişinin elinde telef olması, sahibinin elinde telef olması gibidir. [11/177]

Aralarında mufâvada ortaklığı kuran iki kişi;

a) Küçük büyük her şeyde mufâvada ortaklığı kurduklarını,

b) Sermayelerinin miktarını, bunun aralarında yarı yarıya ortak olduğunu,

c) Her ortağın uygun gördüğü tarzda çalışacağını belirten bir sözleşme hazırlasalar, bu koşullar altında kurdukları şirketle ikisi mufâvada ortakları olur.

Çünkü daha önce belirttiğimiz gibi tarafların eşit olması mufâvada ortaklığının temelini oluşturur. Bu nedenle ortakların; sermaye ve kârda birbirine eşit olduğunu, ortaklığın küçük büyük her şey üzerinde kurulduğunu belirtmeleri zorunludur. Ortaklardan birinin şirket sermayesi olmaya elverişli bir malı bulunursa, taraflar arasında eşitlik bulunmadığından aralarındaki akit mufâvada olmaz. Ancak ortaklardan yalnız birine ait ticaret malı veya bir kişinin zimmetinde olan alacak bulunursa, aralarında kurulan şirket mufâvada olur. Çünkü ticaret malı şirket sermayesi olmaya elverişli değildir. Alacak da böyledir. Bu, ortaklardan birinin kendisine ait eş ve çocuğunun bulunması gibidir. Ortaklardan birine ait, sermaye olmaya elverişli mal bulunduğunda mufâvada şirketinin kurulamamasının nedeni; bu durumda mufâvada şirketinde göz önünde bulundurulan "taraflar arası eşitliğin" ortadan kalkmış olmasıdır. Halbuki şirkete ait belgede açıkça "mufâvada" sözcüğü anılmıştır.

Taraflar mufâvada şirketinin hükümlerinin tümünü bilmediklerinde, yapılan sözleşmeye bu ifadenin konulması gerektiğini daha önce belirtmiştik.

İki kişi aralarında mufâvada ortaklığını kurduktan sonra ortaklardan birinin yaptığı satın alma işlemi hem kendisi hem de ortağı hakkında geçerli olur. Bundan doğan borçtan her ikisi de sorumlu olur.

Çünkü mufâvada akdi vekillik ve kefilliği içermektedir. Vekillik hükmü nedeni ile bir ortağın yaptığı satın alma ikisi tarafından gerçekleştirilmiş kabul edilir. Kefillik hükmü nedeni ile de ortaklardan her birinin ticaret nedeni ile yüklendiği borç diğer ortaktan da istenebilir.

Mufâvada ortaklığında sermayelerin birbirine katılması

Her bir ortağın sermayesi bin dirhem olup ortaklık yapsalar fakat sermayelerini karıştırmasalar, bu şekilde yaptıkları şirket caizdir.

"*en-Nevâdir*"de yer aldığına göre Muhammed (rh.a.) kıyasa göre sermayelerini karıştırmadan yaptıkları ortaklığın mufâvada olmayacağını söylemiştir. Çünkü bu durumda her bir ortağa ait şirket sermayesi olmaya elverişli mal bulunmaktadır. Bu, mufâvada ortaklığına engel oluşturur.

İstihsana göre ise bu şirket caizdir. Çünkü sermayeler karıştırılmamış bile olsa taraflar arasında eşitlik bulunmaktadır. Mufâvada ortaklığına son veren şey, ortakların her birinin kendine ait malının olması değil aradaki eşitliğin ortadan kalkmasıdır. Taraflar arasında eşitlik bulunduğunda, sermayelerin karıştırılması ile karıştırılmaması sonucu etkilemez.

Sermayelerden biri telef olduğunda, inan şirketinde açıkladığımız gibi sahibinin hesabına telef olmuş olur. Aralarındaki şirket de geçersiz olur.

Sermayelerden biri ile bir mal satın almış olsalar, kıyasa göre yine mufâvada şirketi geçersiz olur.

Çünkü satın alınan mal aralarında yarı yarıya ortak olmuş olur. Bunun yanında diğer ortak kendine ait sermayeye de sahiptir. Bu durumda da eşitlik ortadan kalkar.

İstihsana göre ise akit geçersiz olmaz.

İstihsanın iki delili vardır:

Birincisi; Aralarında eşitlik özde devam etmektedir. Çünkü diğer kişi satın alınan şeyin yarısına sahip olsa bile bunun bedelinin yarısı kendisi üzerinde diğer ortağın hakkı olmuştur. Kendisinin sermayesinin yarısı da ortağının hakkı olmuştur.

[11/178] İkincisi; Kaçınılması mümkün olmayan şeyler affedilir. Burada da normalde bu kadarlık farklılıktan kaçınmak mümkün değildir. Çünkü ortaklar ikisinin sermayesi ile satın alabilecekleri bir malı çok az bulurlar. Dolayısıyla sermayelerden birini kullanmadan önce diğeri ile satın almak zorunlu olmaktadır. Bundan kaçınmak mümkün olmadığı için bu farklılığa göz yumulur.

Ortaklardan birinin dirhemleri beyaz, diğerininki siyah olsa, hüküm yine belirttiğimiz gibi olur.

Çünkü siyah ve beyaz dirhemlerin her biri şirket sermayesi olmaya elverişlidir. Niteliklerin farklı olması nedeniyle karışma meydana gelmez. Biz daha önce sermayeleri karıştırmanın koşul olmadığını belirtmiştik.

Ne var ki bu dirhemlerden bir tür diğer türe göre sarf yönünden daha değerli ise taraflar arasında eşitlik bulunmadığı için mufâvada şirketi caiz olmaz.

Ancak Ebû Yusuf (rh.a.)'tan bir rivâyete göre caiz olur. Biz bu meseleyi daha önce belirtmiştik.

Mufâvada şirketi caiz olmayınca kurdukları bu şirket inanolur.

Çünkü mümkün olduğu ölçüde akdi yapan iki tarafın amaçlarını gerçekleştirmek gereklidir. İnan ortaklığı da genel ve özel olabilir. Bu şekilde kurdukları ortaklığa onlar her ne kadar "mufâvada" adını verseler de bu genel bir inan şirketi olur. Mufâvada şirketinin koşulları bulunmadığından bu isimlendirme geçersizdir. Ancak bununla şirket geçersiz olmaz.

Şirket kurulduktan sonra, bir şey satın almadan önce sermayelerden birinde fazlalık meydana gelse, mufâvada ortaklığı yine geçersiz duruma gelir.

Çünkü akit kurulduktan sonra maksat gerçekleşmeden önce, akdin ilk olarak kurulmasını engelleyen bir durum, yani malın mülkiyeti konusunda taraflar arasında farklılık meydana gelmiştir. Nasıl ki taraflardan birisine şirket sermayesi

olmaya elverişli bir mal miras olarak kaldığında mufâvada ortaklığı geçersiz duruma geliyorsa, burada da aynı şekilde ortaklık geçersiz duruma gelir.

Ortaklar iki tarafın sermayesi ile bir mal satın aldıktan sonra sermayelerden birinde bir fazlalık meydana gelse bu ortaklık caiz olur.

Çünkü her iki sermayeyi kullanarak mal satın aldıklarında şirket akdi ile hedeflenen şey gerçekleşmiştir. Örfe göre bundan sonra meydana gelen farklılığa itibar edilmez.

Şu sorulabilir: "İki sermaye kullanılarak bir mal satın alındıktan sonra taraflardan birine sermaye olmaya elverişli bir mal miras kalsa veya hibe edilse mufâvada şirketi bozulmaz mı?"

Buna şu şekilde cevap veririz: Çünkü belirttiğiniz durumda, bir tarafın diğerinden fazla bir mülkiyete sahip olması nedeni ile taraflar arasında eşitlik ortadan kalkmış bulunmaktadır. Bu meselede ise eşitlik bozulmamaktadır. Çünkü ortakların mülkü dirhemlerden, satın alınan mala geçmektedir. Satın alınan mal ise aralarında yarı yarıya ortaktır.

Şu söylenebilir: "Durum böyle değildir. Aksine taraflardan her biri diğerinden kendi sermayesinin yarısını alacaklı duruma gelir. Öyle ki satın alınan mal telef olsa her biri diğerinden sermayesinin yarısını alır. Sermayelerden birinin yarısı diğerinden fazla olduğu için eşitlik ortadan kalkar."

Buna da şu şekilde cevap veririz: Evet böyledir. Ancak her bir ortağın diğerindeki alacağı zimmetteki bir alacaktır. Zimmetteki alacak ise şirket sermayesi olmaya elverişli değildir. Dolayısıyla bu hususdaki farklılık mufâvada şirketinin devam etmesine engel oluşturmamaktadır. Nitekim taraflardan birine miras olarak bir kişinin zimmetinde bulunan alacak veya bir ticaret malı kalsa bu mufâvada ortaklığına engel olmaz.

Ortaklardan birinin sermayesi bin dirhem, diğerininki ise değeri bin dirheme denk olan yüz dinar olsa, aralarında kurdukları şirket mufâvada şirketi olur.

Bu mesele detay bakımından sermayelerin beyaz ve siyah dirhemlerden oluşması gibidir.

Eğer dinarların değeri bin dirhemden fazla ise sermayeler arası eşitlik bulunmadığı için mufâvada şirketi geçerli olmaz. Bu şekilde kurdukları şirket inanortaklığı olur. Bundan dolayı ortaklar birbirinin borcundan dolayı sorumlu tutulamazlar.

Çünkü bu mufâvada şirketi ile sabit olan kefillik hükümlerindendir.

Ortaklar kârı bölüşeceklerinde, her biri kendi sermayesini veya bölüşüm günündeki değerini hesaplar. [11/179]

Çünkü daha önce açıkladığımız gibi kârın belirlenmesi için dikkat edilecek olan husus, bölüşüm gününde sermayelerin değeridir. Taraflardan her biri kendi sermayesini elde etmedikçe, aralarında bölüşecekleri kâr belirlenmemiş olur.

Taraflardan biri diğerine 'ben sana bu paramın yarısını senin şu paranın yarısı karşılığında sattım' dese ve diğeri de buna razı olsa, taraflar paraları karşılıklı olarak teslim alsalar, birbirine karışan iki malda ortak olma durumu gibi bu parada da ortak olurlar.

Çünkü bu kişilerin arasında yapılan işlem bir sarf akdidir. Bu da karşılıklı teslim alma ile tamamlanmıştır. Bunun sonucu olarak her iki para, taraflar arasında yarı yarıya ortak olmuştur.

Taraflardan birinin sermayesi dirhem, diğerininki ise ticaret mallarından ibaret olsa, dirhemlerin sahibi bunların yarısını ticaret mallarının yarısı karşılığında diğerine satsa ve karşılıklı olarak teslim alıp daha sonra mufâvada veya inan şirketi kursalar bu caiz olur.

Çünkü bu akitle dirhemler taraflar arasında yarı yarıya ortak olmuştur. Dolayısıyla bu kendilerinin sermayesi olur. Daha sonra da satış nedeni ile ticaret malları arasında ortaklık hükmü meydana gelir. Bu mallar da yarı yarıya olur.

Sulama ve yoldan geçiş hakkı gibi doğrudan üzerinde akit yapılması caiz olmayan şeyler, akde satış yolu ile dahil olabilir. Aynı şekilde bir bölge, orada bulunan hayvanlar, köleler, tarım âletleri ile birlikte vakfedildiğinde buradaki taşınır mallar üzerindeki vakıf hükmü, taşınmaza tabi olarak sabit olmaktadır. Halbuki taşınır mallarda vakıf hükmü doğrudan gerçekleşmez. Bizim örneğimiz de bunun gibidir. Daha önce belirttiğimiz gibi satın alma ve helâl olma; şirket sermayesi olmaya elverişli olmama açısından ticaret malları gibidir.

Mufâvada şeklinde kurulan vücuh şirketi

İki kişi, ortaya sermaye koymaksızın kendi kredileri ile piyasadan mal alma konusunda mufâvada ortaklığı kursalar, inanortaklığında açıkladığımız gibi bu caiz olur. Ancak mufâvada şirketi genel olursa bu caiz olmaz.

Çünkü böyle bir şey vekillik açısından caiz değildir. Bir kimse bir başkasına "aramızda ortak olmak kaydıyla mal satın al" dese, yalnızca satın alınacak şeyi belirtirse veyahut bir zaman belirtirse caiz olur. Yine ancak ticaret mallarında cins, ölçülen ve tartılan mallarda miktar ya da fiyatı belirtirse yahut bu konuda diğer ortağın genel olarak uygun gördüğü tarzda işlem yapması konusunda işi ona devrederse bu vekillik caiz olur. Kredi şirketinde ise bu herhangi bir sınırlama yapılmaksızın da caiz olur. Çünkü bu ortaklık satın alma ve satmayı içermektedir. Tarafların amacı da bizzat satın aldıkları malın kendisi değil, kâr elde etmektir. Taraflardan her biri diğerine "ne satın alırsak bunu satıp, kârını yarı yarıya bölüşmek koşuluyla, o mal aramızda yarı yarıya ortaktır" diyerek vekillik yaptıklarında bu da caiz olur. Aslında bu ifade ortaklık kurma anlamına gelir. Özel

vekillikte ise maksat bizzat satın alınan şeyin kendisidir. Bu nedenle vekilliğin geçerli olması için mutlaka getirilen sınırlandırmalara dikkat etmek gereklidir.

İki terzi terzilik yapma konusunda ortaklık yapsalar veya bir terzi ile bir çamaşırcı ya da bunun gibi farklı veya aynı meslek mensubu olan kişilerden biri işi kabul ettiğinde, diğeri o meslekten olmasa bile bundan sorumlu olması koşuluyla mufâvada şirketi yaptıklarında bu caiz olur.

Çünkü mufâvada ortaklığı nedeniyle her bir ortak, işi kabul etme konusunda diğerinin vekili, borcunu yüklenme konusunda da kefili olmuştur. Dolayısıyla onların her biri diğerinin kabul ettiği işten sorumludur. İşi kabul eden kişinin o meslekten olmaması, işin kabul edilmesine engel oluşturmaz. Çünkü işi kabul etmekle bunu bizzat kendisinin çalışarak yapması zorunlu duruma gelmez. Bu kişi yardımcıları ve işçilerine işi yaptırabilir. Bu gibi kişiler (işçi, yardımcı vb.) işi kabul eden kişinin yüklendiği sorumluluğun devam etmesini sağlarlar. Bu nedenle o kişi, kefillik hükmüne bağlı olarak sorumlu olur. [11/180]

Allahu Subhanehû ve Teâlâ en iyi bilendir.

MUFÂVADA'DA ŞİRKET MALININ, İŞLETİLMEK ÜZERE BAŞKASINA VERİLMESİ

Mufâvada ortaklarından her biri şirket sermayesini bidâa (meccânen işletecek olana verme yöntemi), mudarebe ve vedîa (emanet olarak verme yöntemi) yoluyla verebilir.

Biz inan şirketinde ortağın bunları yapabileceğini belirtmiştik. Mufâvada ortağı ise öncelikli olarak yapar. Çünkü mufâvada ortağının tararrufu diğerinden daha geneldir.

Ortak, şirket malını borç veremez. Çünkü borç vermek teberruda bulunmaktır.

Mufâvada ortaklarından her biri; borç verme konusunda değil, yalnızca şirket malında ticaret yapma konusunda birbirinin yerini almıştır. Görmez misin ortak, diğerinin payını hibe ya da sadaka olarak verme yetkisine sahip değildir. Borç vermek de teberru olma bakımından sadaka gibi veya ondan daha üstündür. Nitekim Resûlüllah (s.a.v.) şöyle buyurmuştur:

لصَدقةُ عشرةٌ كمثلِهِ و لقرضُ بثمانيةَ عشرَ

"Sadakanın sevabı on mislidir. Borç vermek ise on sekiz mislidir."[128]

---

[128] İbn Mâce, Sadakât 19; Taberânî, *el-Mu'cemü'l-*kebîr, VIII/249; Heysemî, *Mecmau'z-zevâid*, IV/226; Ebû Nuaym, *Hilyetü'l-*evliyâ, VIII/333; Beyhakî, *Şuabü'l-îmân*, III/284.

Şöyle denmiştir: "Borç vermede sevap daha çoktur. Çünkü borç isteyen kişi sana ancak ihtiyacı nedeniyle gelmektedir. Halbuki senden sadaka isteyen kişi muhtaç olabilir de olmayabilir de."

Hasen b. Ziyâd, Ebû Hanîfe (rh.a)'nin şu görüşte olduğunu belirtmiştir: Mufâvada ortaklarından her biri şirket malını bir kişiye borç olarak verebilir. Bunun karşılığında da borcu garanti altına alacak bir şey alır. Ebû Yusuf (rh.a.)'a göre ise ortağın bu hakkı yoktur. Ebû Hanîfe borç vermeyi kefillik gibi kabul etmiştir. Çünkü borç veren kişi öderken teberruda bulunmakta ancak daha sonra ödediği miktarı ondan geri almaktadır. Nitekim kefil de kişinin borcunu üstlendiğinde teberruda bulunmakta ancak daha sonra ödediği miktarı kendisine kefil olduğu kişiden geri almaktadır.

Ebû Hanîfe (rh.a.)'nin kabul ettiği prensibe göre "Mufâvada ortaklarından birisi bir borca kefil olduğunda bu kefillik diğer ortağı da bağlar." Ona göre bu kefillikte, bedellilik (muavaza) yönü borç verme özelliğine göre daha önde kabul edilir. Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.)'e göre ise ortaklardan birinin kefil olması diğerini bağlamaz. Bu kefillikte teberru yönü borç verme daha kuvvetli kabul edilir.

Ortaklardan birisi borç verdiğinde, verdiği miktarın yarısını ortağına öder.

Çünkü şirket akdinin gereğine uygun olmayan bir şekilde tasarrufta bulunma nedeniyle bu ortak diğerinin payı hususunda yetkisini aşan bir davranışta bulunmuştur. Ancak bu durum nedeni ile mufâvada ortaklığı bozulmaz. Çünkü kendisine ödemede bulunulan ortak, diğerinden ayrı olarak zimmette alacak hakkına sahip olmuştur. Bu ise teslim alma olmadıkça mufâvadayı bozmaz. Ayrıca borç veren ortak bunu borç alandan geri alma hakkına sahiptir. Bundan dolayı aralarındaki eşitlik korunmuş olmaktadır.

Kıyasa göre ortaklardan biri şirket mallarından olan binek hayvanını diğer ortağın görüşünü almadan âriyet olarak veremez.

Çünkü âriyet vermek, yararı bedelsiz olarak teberru etmektir. Bu tıpkı hibede olduğu gibi malın kendisini bedelsiz başkasının mülkü etmek gibidir. Bu ise mufâvada şirketinin gereklerine aykırıdır.

Buna rağmen hayvanı âriyet olarak verir de hayvan âriyet alanın elinde telef olursa, kıyasa göre âriyet veren hayvanın değerinin yarısını diğer ortağa öder.

Çünkü malı âriyet alana teslim etmekle diğer ortağın payında yetkiyi aşan bir tasarrufta bulunmuştur.

Kıyasa göre hüküm böyle olmakla birlikte Muhammed (rh.a.) istihsana göre hüküm vererek şöyle demiştir: Ortak, hayvanı âriyet olarak verebilir. Kendisine ödeme de gerekmez.

Çünkü âriyet vermek ticaretle ilgili işlerdendir. Ticaretle uğraşan kişi bundan başka yol bulamaz. Çünkü kendisi ile ilişkisi olan birisi geldiğinde giymek üzere elbiseyi âriyet olarak vermesi veya üzerine oturmak üzere minder vermesi [11/181] kaçınılmazdır. Yine terazisini ve ağırlıklarını bazı komşu esnafa âriyet olarak vermekten başka çaresi bulunmayabilir. Çünkü başkasına ödünç vermeyen, ihtiyaç anında başkasından bir şeyi ödünç olarak alamaz. Ortaklardan her biri bu malda ticaret yapma hakkına sahip olduğuna göre ticaretin gereklerinden olan şeye de sahip olur. Nitekim ticaret yapmasına izin verilmiş köle âriyet olarak verme hakkına sahiptir. Mufâvada şirketindeki ortak ise ticaret yapmasına izin verilmiş köleden daha geniş tasarruf hakkına sahiptir. Bu nedenledir ki mufâvada şirketinde ortak olan kişi köle ile mükâtebe[129] yapabilirken, ticaret yapmasına izin verilmiş olan köle mükâtebe yapma yetkisine sahip değildir.

Nevâdir'lerin birinde bu hükmün gerekçesi Muhammed (rh.a.) tarafından şöyle belirtilmiştir: "Bu malın ticaretini yapan kişi, bu malda hiçbir şeye sahip olmasa da onu âriyet olarak verebilir." Bununla ticaret yapmasına izin verilmiş köleyi kastetmiştir. Malın yarısına sahip olan tacir ise kârda ortak olur. Durum böyle iken, malı âriyet verme yetkisine sahip olması daha önceliklidir.

Ortaklardan biri, ortaklığın devam ettiği sırada şirket sermayesini bir kişiye ticaret yapmak üzere verse, bu kişi de daha sonra ortakların birbirinden ayrıldığını bilmeksizin bununla mal satın alsa, bu tasarruf hem emri veren hem de diğer ortak hakkında geçerli olur.

Çünkü ticaret yapmak üzere malı vermek vekil kılmaktır. Ortaklardan birinin şirket devam ettiği sırada yaptığı bir tasarruf, her iki ortak tarafından gerçekleştirilmiş sayılır. Ortakların daha sonra ayrılmaları, doğrudan diğer kişiyi sermaye üzerinde tasarrufta bulunmaktan uzaklaştırmadır. Vekil, görevine son verildiğini bilmedikçe son verme hükmü kendisi hakkında doğrudan sabit olmaz. Bu nedenle sermayeyi işleten kişinin satın alması her ikisi hakkında da geçerli olmuştur.

Ortaklardan birisi o kişiye ticaret yapmasını emretmekle birlikte şirket sermayesinden vermezse, onun satın aldığı şey sadece emri verene ait olur.

Çünkü ortaklardan birinin şirkete ait bir şey üzerindeki tasarrufu her ikisinin tasarrufu gibi kabul edilir. Ortak şirkete ait sermayeyi diğer kişiye verip, bununla

---

[129] **Mükâtebe / المكاتبة (Kitâbet/الكتابة)**: Efendisi ile kölesi arasında bir bedel üzerinden köleliğin sona erdirilmesi amacıyla yapılan akittir. Bu akit gereği üstlendiği bedeli ödediği anda köle hürriyetine kavuşur. Köle bu akdin gerçekleştiği andan itibaren tasarruf hürriyetine ve mal edinme hakkına sahip olur ve bu sayede kendi adına çalışır, kitâbet bedelini ödeyince de azad olur. Böyle bir akit yapan köleye "mükâteb" bu anlaşmaya "mükâtebe" veya "kitâbet", üzerinde anlaşılan ücrete de "kitâbet bedeli" denir.

bir şey satın almasını emredince, şirkete ait sermaye üzerinde ortaklardan biri tasarrufta bulunmuş olur. Sermayeden bir şey vermediğinde şirkete ait olmayan bir şeyde vekillik vermiş olur.

Ancak vekil bir şey satın alıncaya kadar ortaklar arasındaki mufâvada akdi devam ederse, onun satın alması vekil edenin (müvekkilin) satın alması gibi olur. Satın alınan şey de bu nedenle ikisi arasında yarı yarıya ortak olur. Vekilin malı satın almasından önce ortaklar ayrıldıklarında bu durum bulunmamış olur. Çünkü vekilin satın aldığı sırada malı vekil eden satın almış olsaydı, bu kendisi adına geçerli olacaktı. Aynı şekilde vekil de yalnızca emri veren hakkında satın almış olur.

Şu durum bunu açıklamaktadır: Vekilin her türlü zarardan uzak tutulması gerekir. Sermaye ona verildiğinde, malı yalnızca emri veren adına satın aldığını kabul edersek bu durumda vekilin diğer ortağın sermayedeki payını ödemesi gerekli olur. İşte bu zararını önlemek için ortakların birbirinden ayrıldıklarını bilmediği sürece, malı iki ortak adına satın aldığına hükmettik. Sermaye kendisine teslim edilmediğinde ise bu durum söz konusu olmamaktadır. Çünkü bu durumda emri veren ortak adına satın almış olsa bile diğer ortağa bir şey ödemesi gerekli olmaz. Ancak kendisinin zimmetinde olan borç karşılığında satın alır. Daha sonra da emri verenden bunu tahsil eder. Malı satın alan kişi vekilliği kabul ettiğinde buna razı olmuştur.

Görmez misin, sermayeyi işletmek üzere vermeyen ortak ölse daha sonra da sermayeyi alan kişi bununla bir mal satın alsa, bu yalnızca hayatta kalan hakkında bağlayıcı olur.

Ancak söz konusu durumda sermaye, bunu işletecek olan kişiye teslim edilmişse, ölenin mirasçıları seçim hakkına sahiptirler; dilerlerse sermayeyi işleten kişiye ölenin payını ödettirirler. Dilerlerse emri verene ödettirirler.

Çünkü ölümle birlikte mülk, mirasçılara geçtiği için ölüm hükmen vekilin görevine son verilmesini gerektirir. Mirasçıların hiçbiri vekilin tasarrufuna razı olmamıştır. Vekil, hükmen görevine son verildiğini bilmese bile bu geçerli olur. [11/182] Ortakların birbirinden ayrılması meselesi ise böyle değildir. Çünkü bu, sermayeyi teslim etmeyen kişi tarafından kendi payında vekilin doğrudan görevine son verilmesidir. Vekil bunu bilmedikçe bu son vermenin hükmü kendisi hakkında gerçekleşmez.

Sermayeyi teslim alan kişi, bunu mal satın aldığı kişiye teslim etmekle, ölen kişinin payı bakımından suç işlediğinden ölenin mirasçılarının ona ödettirme hakları olunca, dilerlerse ona ödettirirler. Dilerlerse satın alma emrini veren diğer ortağa ödettirirler. Çünkü mal satın alan vekilin parayı satıcıya teslim etmesi, emri veren kişinin izni ile olmuştur. Dolayısıyla parayı bizzat emri veren teslim etmiş gibi olur.

Mirasçılar, işletmek üzere sermayeyi teslim alan kişiye ödettirdiklerinde, o kişi ödediği miktarı, kendisine satın alma emrini verenden geri alır.

Çünkü bu onun adına yaptığı bir işlem nedeni ile yüklendiği bir borçtur. Ayrıca satın alınan malın tümü emri verene ait olduğundan, bedelinin tümü de onun borcu olur. Vekil, malın bedelinin yarısını emri verenin, yarısını da başkasının malından ödemiştir. Daha sonra bu para kendisinden alındığı için emri verenden tahsil eder.

Mufâvada ortaklarından birisi belirli veya herhangi bir cariyeyi belirli bir bedel karşılığında satın alma konusunda bir kişiyi vekil kılsa daha sonra diğer ortak bunu yasaklasa, bu yasaklama geçerlidir.

Çünkü vekil atamak gibi vekilin görevine son vermek de tacirlerin yaptıkları işlerdendir. Ortaklardan birinin vekil kılma konusundaki tasarrufu, nasıl ki her iki ortağa ait oluyorsa, aynı şekilde onlardan birinin vekile o tasarrufu yasaklaması da her ikisine ait olur.

Buna rağmen vekil o cariyeyi satın alırsa, kendisi için satın almış olur.

Çünkü ortaklardan birinin onun görevine son vermesiyle vekillik geçersiz olmuştur.

Diğer ortak, vekil, cariyeyi satın alıncaya kadar ona tasarrufu yasaklamazsa, satın alınan cariye iki ortağa ait olur. Vekil, ödediği bedeli ortakların dilediğinden alabilir.

Çünkü kefillik hükmü nedeni ile ortaklardan her biri diğerinin borcundan sorumlu olmaktadır. Onlardan birinin vekil kılması, her ikisi hakkında da geçerli olduğundan vekil, ödediği bedeli onlardan geri alma hakkını elde eder. Dolayısıyla dilediği ortaktan bedelin tümünü alabilir. Çünkü her bir ortak bedelin yarısında asil, diğer yarısında da ortağının kefilidir.

Aynı şekilde ortaklardan birisi bir şey satın alarak teslim alsa, satıcı bedeli diğer ortaktan isteyebilir.

Çünkü ticaret yolu ile satın alanın borcuna kefil olmuştur.

Satın alınan malda bir kusur bulunursa, diğer ortak o malı aynen satıcıya geri verebilir.

Çünkü kusur nedeni ile malı geri vermek, ticaretin (akdin) haklarındandır. Ortaklardan her biri, ticaret nedeni ile diğer ortak lehine ve aleyhine gerekli olan şeyler bakımından onun yerini almaktadır.

Yine ortaklardan biri bir mal satar da satın alan bunda bir kusur bulursa, malı kendisine satmamış olan ortağa geri verebilir.

Çünkü diğer ortak, ticaret nedeni ile doğan yükümlülükler konusunda, bu ortağın yerini almaktadır. Kusur nedeni ile dâva açmak, ticaret nedeni ile gerekli olmuştur. Dolayısıyla diğer ortak bu konuda satıcının yerini alır ve satın alan da malı ona geri verir.

Görmez misin, iki çamaşırcı mufâvada ortaklığı yapsa, bir kişi onlardan birine bir elbise teslim etse, işi yapan ortağın çalışmasından diğerini sorumlu tutma hakkı vardır.

Diğer ortak da işi bitirdiğinde kendisinden ücreti ister. Kusur nedeni ile geri vermenin hükmü de böyledir.

Mufâvada ortaklarından biri başkası ile inan ortaklığı yapabilir mi?

Mufâvada ortaklarından biri inan şirketi kurdukları bir ortakla birlikte yarı yarıya sahip oldukları bin dirhem sermayeyi, bununla mal satın almak üzere bir adama (bidâa olarak) verse, ortak buna razı olsa sonra sermayeyi teslim eden kişi ölse, ardından sermayeyi teslim alan kişi de bununla bir mal satın alsa mal ilk olarak satın alan kişiye aittir.

Bizim andığımız bu mesele, mufâvada ortaklarının başka bir kişi ile inanortaklığı kurabileceğini açıklamaktadır.

Hasen b. Ziyâd'ın Ebû Hanîfe (rh.a.)'den rivâyet ettiğine göre mufâvada ortağı başka biri ile inan şirketi kuramaz. Çünkü bu durumda mufâvada sermayesine başkası ortak edilmiş olur. Bundan dolayı inan şirketinde ortak olan kişinin başkası ile ortaklık yapma yetkisi yoktur. Aynı durum mufâvada ortağı için de söz konusudur.

[11/183] Zâhirü'r-rivayenin delili şudur; İnan şirketi, mufâvadanın altındadır. Bu nedenle inan şirketini mufâvada akdi ile elde edilen şeylerden sayabiliriz. Nitekim aynı durum inan şirketi ile mudarebe arasında da söz konusudur.

Mufâvada ortaklarından birisi, üçüncü bir kişi ile mufâvada şirketi kursa bu, öbür ortağı hakkında geçerli olmaz. Bu Ebû Yusuf (rh.a.)'un görüşüdür.

Onun delili şudur; ikinci kurulan şirket birinciye denktir. Dolayısıyla ilk akdin yapılması ile ikinci şirket onun kapsamında sayılamaz. Nitekim inan şirketinde ortakların başkaları ile inan şirketi kurması durumunda da hüküm böyledir.

Muhammed (rh.a.)'e göre ise bu geçerlidir.

Çünkü ortaklardan her biri tacirlerin yaptıkları işler konusunda diğerinin yerini alır. Dolayısıyla onlardan her birinin yaptığı tasarruf, ikisi tarafından yapılmış gibi kabul edilir.

Bunu kavradıktan sonra (önceki mesele hakkında) şunları söyleyebiliriz: Ticaret yapmak üzere sermayeyi teslim alan kişi, sermayeyi verenin vekilidir. Onun ölmesi ile kendisinin haberi olsun olmasın vekillikten düşer. Çünkü bu hükmen görevden uzaklaştırmaktır. Malı bundan sonra alırsa, kendi adına almış olur. Malın

bedelini kendisine verilen para ile öderse, kendisine ait bir borcu başkasının malı ile ödemiş olur. Bundan dolayı bunun mislini mal sahibine öder. Bu malın yarısı inan ortağının olduğundan yarısını ona öder. Diğer yarısı ise hayatta olan mufâvada ortağı ile ölen ortağının mirasçılarına ait olduğundan bu miktarı da onlara öder.

Biz "sermayeyi teslim edenin ölmesi ile vekil görevden uzaklaşır" dedik. Ölen bakımından bunu anlamada herhangi bir sorun yoktur. Diğer iki ortağa gelince bunun nedeni şudur; sermayeyi teslim eden kişi ile diğer iki ortak arasında ölüm nedeni ile ortaklık bağı ortadan kalkmıştır. Sermayeyi teslim edenin emrinin diğer ortaklar hakkında geçerli olması, şirket akdi nedeni ile olmaktaydı. Şirket akdi ortadan kalktıktan sonra bu durum devam etmez.

Sermayeyi teslim eden hayatta olup, inan ortağı ölse, sonra da sermaye ile ticaret yapmak üzere teslim alan kişi bununla bir mal alsa, malın tümü mufâvada ortaklarına ait olur.

Çünkü sermayeyi teslim edenin inan ortağı ile arasındaki ortaklık bağı, onun ölümü ile ortadan kalkmıştır. Dolayısıyla aralarındaki vekillik de ortadan kalkmıştır. Bu nedenle vekilin satın alması ile mal üzerinde mülkiyeti sabit olmaz. Çünkü vekilin satın alması bizzat vekil edenin (müvekkilin) satın alması gibidir. Sermayeyi veren, malı kendisi satın alsaydı, bu malın tümü iki mufâvada ortağına ait olurdu. Vekili satın aldığında da durum böyledir.

Ölenin mirasçıları dilerlerse maldaki paylarını malı satın alan kişiden alabilirler.

Çünkü malı satın alan kişi, ölenin mirasçılarına miras olarak geçen malı onların rızası olmaksızın satıcıya teslim etmiştir.

Daha sonra malı satın alan kişi mufâvada ortaklarından hangisinden isterse ödediğini geri alabilir.

Çünkü ortaklardan her biri aralarındaki mufâvada şirketinin devam etmesi hükmüne bağlı olarak diğerinin borcunu ödemekle yükümlüdür. Sermayeyi teslim eden kişi onun ödeme yükümlülüğünü üstlenmiştir. Çünkü onun vekilinin borcu ödemesi tıpkı kendisinin ödemesi gibidir.

İnan şirketinin ortağı değil de mufâvada ortağı ölse, daha sonra da sermayeyi teslim alan kişi bir mal satın alsa, malın yarısı inan ortağının olur.

Çünkü sermayeyi teslim eden ortak ile inan ortağı arasındaki şirket akdi devam etmektedir. Ayrıca onun vekilinin satın alması kendisinin satın alması gibidir.

Malın yarısı satın alma emrini veren ortağa aittir. Bu malda ölen ortağın payı yoktur.

Çünkü ölüm nedeni ile sermayeyi veren ile ölen arasındaki ortaklık ortadan kalkmıştır. Bu durumda iken ortağın kendisi bir mal satın almış olsa alınan malda ölenin mirasçılarının hakkı olmaz. Kendisi değil de vekili satın aldığında da böyledir.

Ölenin mirasçıları seçim hakkına sahip olurlar: Dilerlerse maldaki paylarını;

a. Hayatta olan mufâvada ortağına ödettirirler.

Çünkü onun vekilinin ödemesi kendisinin ödemesi gibidir.

b. Ya da malı satın alan kişiye ödettirirler.

[11/184] Çünkü o, mirasçıların malını onların rızası olmadan satıcıya teslim etmiştir.

Malı satın alan kişi ödediğinde, bu kişi mirasçılara ödediğini kendisine satın alma emrini veren kişiden geri alır.

Çünkü onun emri ile yaptığı ödemede onun adına çalışmaktadır. Dolayısıyla bu nedenle yüklendiği borcu ondan geri alır.

Malı satın alan kişi, mirasçılara ödediği tazminatı diğer ortaktan alamaz.

Çünkü onlar arasında inanortaklığı bulunmaktadır. İnan ortaklığında ortaklar birbirinin borcundan sorumlu tutulamaz.

Mufâvada ortağının yaptığı bozuk akitler diğer ortağı bağlar mı?

Mufâvada ortaklarından birisi, bir kişiden bozuk bir satış akdi ile mal alsa daha sonra onunla da mal satın alıp satsa, satış iki ortak adına geçerli olur, ödeme yükümlülüğü de ikisine aittir.

Çünkü meydana gelen şey ancak ticaret yolu ile olmaktadır. Burada gerekli olan borç da ticaret nedeni ile meydana gelmiştir. Çünkü bozuk (fasit) satışlar hüküm bakımından caiz olan satışlar gibi değerlendirilir. Ortaklardan her birinin ticarî konularda yaptığı faaliyetler, kendileri üzerine gerekli olan yükümlülükler ve kendileri lehine doğan kazançlar bakımından her ikisi tarafından yapılmış gibi kabul edilir.

Mufâvada ortaklarından birisi iki kişiye şirket için bir köle satın almalarını emretse ve kölenin cinsini ve bedelini belirtse, daha sonra o iki kişi köleyi satın alsalar, mufâvada ortakları da ortaklığa son verse; satın alma emrini veren ortak, 'o iki kişi köleyi şirketin dağılmasından sonra satın almışlardır. Dolayısıyla köle yalnızca bana aittir' dese, diğeri de 'köleyi şirketin dağılmasından önce satın aldıklarından her ikimize aittir' dese yeminle birlikte satın alma emrini veren kişinin sözü kabul edilir.

Çünkü satın alma sonradan meydana gelen bir durumdur. Dolayısıyla şu ana en yakın zamana bağlanır.

Bu durumda daha önceki tarihi iddia eden kişi, bu iddiasını delil ile isbat etmek zorundadır. Delili yoksa tarihi inkâr edenin sözü yeminle birlikte kabul edilir. Ayrıca satın alınan malda emri verenin mülkiyet nedeni daha kuvvetlidir. Çünkü onun vekilinin fiili bizzat kendisinin fiili gibidir. Diğer ortak ise satın alınan malda, emri veren aleyhine hak iddiasında bulunmakta, emri veren bunu inkâr etmektedir. Bundan dolayı yeminle birlikte onun sözü kabul edilir. Delil getirme yükümlülüğü diğerine aittir.

Her iki taraf da delil getirirse diğer ortağın delili kabul edilir.

Çünkü bunda tarihi ispat etme, dolayısıyla da mal üzerinde hak sahibi olmayı ispatlama vardır. Deliller isbat içindir. Bu açıdan bu ortağın delili diğerinden daha fazla şeyi ispatladığından diğerine tercih edilir.

Bu hususta vekillerin tanıklıkları kabul edilmez.

Çünkü onlar bu konuda kendi fiilleri konusunda tanıklık ettiklerinden dâvada taraf olmaktadırlar.

Ortaklar "bu iki kişinin malı ne zaman aldığını bilmiyoruz" derlerse bu durumda da mal emri verene ait olur.

Çünkü satın alma tasarrufu, şu ana en yakın vakte bağlanır. Çünkü burada önceki bir tarih bilinmektedir.

Emri veren kişi, "bu kişiler köleyi şirketin dağılmasından önce satın almıştı" dese, diğeri de "şirketin dağılmasından sonra satın almışlardı" dese, satın alma emrini vermeyen ortağın sözü kabul edilir.

Çünkü o satın almanın tarihini, kendisi lehine mülkiyetin meydana gelmesini ve satın alınanın bedelinden herhangi bir şeyin kendisine gerekli olmasını inkâr etmektedir.

Her iki taraf da delil getirdiğinde emri verenin delili kabul edilir.

İnan şirketinde ortakların dağılmasından sonra da durum böyledir.

MUFÂVADA ORTAKLARI ARASINDAKİ ANLAŞMAZLIK

Bir kimse bir kişiyle mufâvada şirketi kurduğunu iddia etse, dâvalı da mal kendisinin elinde olduğu durumda bunu inkâr etse, yeminle birlikte inkâr edenin sözü kabul edilir. İddiacının delil getirmesi gereklidir.

Çünkü dâvacı, akdin varlığını ve dâvalının elinde bulunan malın yarısının kendi hakkı olduğunu iddia etmekte, zilyed (malı elinde bulunduran kişi) ise bunu inkâr etmektedir. Bu durumda dâvacının tanık getirmesi, inkâr edenin de yemin etmesi gerekir. [11/185]

Dâvacı tanık getirir ve tanıklar mufâvada şirketi olduğuna tanıklık eder ve bunun yanında "dâvalının elinde bulunan mal onların şirketlerine ait maldır" veya "mal aralarında yarı yarıya ortaktır" derlerse malın yarısının dâvacıya ait olduğuna hükmedilir.

Çünkü tanıklar ile sabit olan bir şey, hasmın (karşı tarafın) ikrarı ile sabit olmuş gibidir. Ayrıca tanıklar "dâvalının elinde bulunan mal aralarında yarı yarıya ortaktır" veya "ikisine ait şirketin malıdır" dediklerinde zilyedin elinde bulunan malın yarısının dâvacının mülkü olduğuna dair açıkça tanıklık yapmış olurlar. Tanıklar "o mufâvadadır" derlerse mufâvadanın gerektirdiği şey de budur. Yani mala sahip olma konusunda iki tarafın eşit olması ve tarafların malda ortak olmalarıdır.

Hâkim buna hükmettikten sonra zilyed, elinde bulunan bir malın miras olduğunu iddia etse ve buna dair tanık getirse Ebû Yusuf (rh.a.)'a göre bu delil kabul edilmez.

Muhammed (rh.a.)'e göre; dâvacının tanıkları mufâvada şirketine tanıklık etmişlerse zilyedin delili kabul edilir. Dâvalının elinde bulunan malın iki kişiye ait şirket malı olduğuna tanıklık etmişlerse, bundan sonra zilyedin delili kabul edilmez.

Muhammed (rh.a.) buna dair delil getirerek şunları söylemiştir: "Hâkim, tanıkların ettikleri tanıklığa göre hüküm verir. Tanıklar mutlak olarak mufâvada akdine tanıklık ederlerse, hâkim de buna hükmeder. Mutlak olarak mufâvada akdi, ortağın elinde bulunan bazı malların kendisine miras olarak geçmiş olması olasılığını ortadan kaldırmaz. Nitekim aralarındaki mufâvada akdi herkesçe bilinse sonra da ortaklardan birine şirket malı olmaya elverişli olmayan bir mal miras olarak kalsa bu mal sadece kendisine ait olur. Aralarındaki mufâvada ortaklığı da devam eder. Biz mufâvada şirketinin gereğini göz önünde bulundurarak; zilyedin elinde bulunan malın tümünün ortaklar arasında yarı yarıya olduğuna hükmetmekteyiz. Bu aksine bir delil olmadıkça göz önünde bulundurduğumuz görünür durumdur. Bu duruma aykırı bir delil bulunduğunda, bu duruma itibar etme ortadan kalkar. Malı elinde bulunduran kişi elindeki mallardan herhangi birinin kendisine miras olarak geçtiğine dair tanık getirdiğinde, bu mal hakkında dış görünüşe itibar etmeyi engelleyen bir delil ortaya çıkmış olmaktadır. Dolayısıyla bu delil ile işlem yapmak gerekli olur.

Ancak tanıklar zilyedin elindeki malda ortaklık olduğuna tanıklık ettiklerinde durum bundan farklıdır. Çünkü hâkim bu konuda hüküm vermesini gerekli kılan bir delile dayanarak, şirkete hükmetmiştir. Bu hükümden sonra zilyedin, elinde bulunan herhangi bir malın kendisine miras olarak geçtiğine dair tanık getirmesi hâkimin hükmünü geçersiz kılma anlamını içerir. Aleyhine hüküm verilen kişinin, hükmü iptal etme konusunda getirdiği delil kabul edilmez.

Tanıkların mutlak olarak mufâvada şirketine tanıklık etmeleri ile, dâvalının elinde bulunan malın şirket malı olduğuna tanıklık etmeleri arasındaki farkı şu örnekle açıklayabiliriz: Bir dâvada tanıklar, bir kişinin elinde bulunan evde (arazi ve binası ile birlikte) başkasının hak sahibi olduğuna tanıklık etseler ve hâkim de buna göre hüküm verse sonra da dâvacı, binanın, aleyhine hüküm verilen kişiye ait olduğunu iddia etse, bununla arazinin kendisine ait olduğu şeklindeki hâkimin hükmü iptal olmaz.

Tanıklar açık bir biçimde hem binanın hem de arazinin dâvacıya ait olduğuna tanıklık etseler sonra da dâvacı binanın dâvalıya ait olduğunu ikrar etse, bu ikrar kendi tanıklarını yalanlama olur. Bununla hâkimin kendisi lehine vermiş olduğu hüküm geçersiz duruma gelir.

Burada fark şudur; bina araziye tâbidir. İlk durumda dâvacının binaya sahip olması, dış görünüş bakımından asıl durumunda olan araziye sahip olmasıyla gerçekleşir. Tanıklığın açıkça bina ve arazi için ayrı ayrı yapılması durumunda ise dâvacının binaya sahip olması delil iledir. İddiacı bu konuda kendi tanıklarını yalanlayınca, tanıkların kendisi lehindeki tanıklıkları de geçersiz olmuştur.

Ebû Yusuf (rh.a)'un görüşünün dayandığı delil ise şudur; elinde bulunan malın yarısı dâvacı lehine hükmedilmesi nedeniyle zilyed, aleyhine hüküm verilmiş kişidir. Aleyhine hüküm verilen kişinin, mülkiyeti ispat konusunda ileri süreceği delil kabul edilmez. Ancak tanıkların tanıklığı açık olarak yapmaları durumunda olduğu gibi mülkü, lehine hüküm verilen kişi tarafından elde ettiğine dair delil getirirse kabul edilir. Bunun nedeni şudur; nedenler bizzat kendileri açısından amaçlanmazlar. Aksine hükümleri için istenirler. Mufâvada akdi de bir nedendir. Bunun hükmü malda ortak olmaktır. Nitekim malda ortak olma iddiası olmadıkça mufâvada iddiası geçerli olmaz. Şirket konusundaki tanıklıkta de tanıklık ancak hüküm itibarıyla kabul edilir. Hâkimin tanıklığa bağlı olarak hem hüküm hem de nedene hükmetmesi açısından, tanığın hükmü açıklaması ile yalnızca nedeni belirtmesi arasında bir fark yoktur. Nitekim tanıklar satın almaya veya hem satın alma hem de mülkiyete tanıklık etseler, bu iki tanıklık belirttiğimiz açılardan eşittir. Tanıkların açıkça belirterek yaptıkları tanıklıkta zilyed, aleyhine hüküm verilen kişi olması itibarıyla onun delili kabul edilmez, tanıklığın açıkça yapılmadığı durumda da böyledir. **[11/186]**

Zilyed elinde bulunan malın, yalnızca kendisine ait olduğunu ve ortağının bu mal üzerindeki payını kendisine hibe ettiğini hibe etse ve malın hibe edilip kendisi tarafından teslim alındığına dair delil getirse bu kabul edilir.

Muhammed (rh.a.) bu hükmü Ebû Yusuf (rh.a.)'un aleyhine delil olarak getirmektedir. Halbuki bu hüküm Ebû Yusuf aleyhine delil olamaz. Çünkü bu

durumda dâvacının tanıkları tanıklık ettikleri şeyi açıklasalar da açıklamasalar da tanıklık kabul edilir.

Aradaki fark şudur; bu delil kabul edildiğinde, bu mal üzerinde hâkimin verdiği önceki hükmü iptal etme gerçekleşmemektedir. Aksine hâkimin hükmü pekişmektedir. Çünkü hâkimin mal üzerindeki önceki hükmü, malın mülkiyetinin dâvacıya ait olmasıdır. Hibe etme ancak mülkiyetin bulunması itibarıyla geçerli olur. Daha önceki meselede ise delil kabul edildiğinde, ilk hüküm içeriği bakımından iptal edilmiş olmaktadır. Görmez misin tanıklar zilyedin elinde bulunan kölenin iki kişi arasında ortak olduğuna tanıklık etseler, hâkim de buna göre hükmetse sonra da zilyed, dâvacının köleyi kendisine hibe veya sadaka olarak verdiğini iddia etse bu kabul edilir. Zilyed, bu kölenin kendisine babasından miras olarak geçtiğine ve bunun kendi mülkü olduğuna veya başka bir kişinin bu köleyi kendisine hibe ettiğine dair tanık getirse, bu kabul edilmez. İki mesele arasındaki fark belirttiğimiz gibidir.

Mufâvada şirketinde de aynı durum söz konusudur. Bir kişi, başka bir kişinin kendisi ile mufâvada ortağı olduğunu ve dâvalının elinde bulunan malın şirket malı olduğunu iddia etse, dâvalı da bunu ikrar etse ve hâkim de bu ikrar doğrultusunda hüküm verse sonra zilyed elinde bulunan kölelerden birinin kendisine miras olarak kaldığını veya belirli bir kişi tarafından kendisine hibe olarak verildiğini iddia etse ve buna dair delil getirse bu kabul edilir. Kölenin ona ait olduğuna hükmedilir.

Bu da daha önce açıkladığımız "delil ile sabit olan, davalının ikrarı ile sabit olmuş gibidir" kuralına göre Muhammed (rh.a.) lehine delil olmaktadır. Ancak Ebû Yusuf (rh.a.)'un iki meseleyi birbirinden ayırmasının iki nedeni vardır;

Birincisi; Bu meselede zilyed mufâvada akdini ikrar etmekte, malın miras olarak kaldığını iddia etmektedir. Bunlar arasında bir çelişki yoktur. İddiasını delil ile isbat ettiğinden delilini kabul etmek gerekli olmuştur. Görmez misin kendisinin delili olmasaydı karşı tarafın yemin etmesini isteme yetkisine sahipti. İlk meselede ise zilyed inkârcı ve dâvalı konumundadır. Diğer kişinin delil getirmesi ile aleyhine hüküm verilmiştir. Görmez misin, o mirası iddia etse ve delili de olmasa karşı tarafa yemin ettirme yetkisine sahip değildir. Bundan anlaşılmaktadır ki o inkârcıdır. İnkâr eden kişi dâvacı olamaz. Bu nedenle delili kabul edilmez.

İkincisi; İkrar, hâkimin hükmüne gerek olmaksızın bizzat hakkı gerekli kılar. Hâkim yalnızca ikrara hükmeder. Bu nedenle biz şöyle dedik: "İkrar ile mülke hak kazanma, mülkten ayrı olan fazlalıklar hakkında söz konusu olmaz." Delil ise hâkimin hükmü olmadıkça hakkı gerekli kılmaz. Hâkim de dâva ile hedeflenen şeye hükmeder. Bu da malın iki kişi arasında ortak olmasıdır. Bu nedenle bundan sonra zilyedin delili kabul edilmez.

Aynı şekilde mal ikisinin elinde bulunsa, onlar mufâvada ortaklığını da ikrar etseler daha sonra ortaklardan birisi bu mallardan herhangi bir şeyin kendisine miras olarak kaldığını iddia edip buna dair delil getirse, delili kabul edilir.

Çünkü o, iddiasını delil ile isbat etmiş bir dâvacıdır.

Delili olmasa diğer ortağın yemin etmesini ister.

Çünkü diğer ortak, ikrar etmesi durumunda kendisini bağlayacak bir şeyi inkâr etmektedir. [11/187]

Bu meselede şu hususta herhangi bir sorun bulunmamaktadır; ortaklardan birisi hibe yolu ile diğer ortağın payını mülk edindiğini iddia etse ve buna dair delil getirse delili kabul edilir.

Bir kişi başka bir kişiye karşı yalnızca ona ait olan köle üzerinde ortaklık iddia etse, zilyed bunu inkâr etse, dâvacı kölenin aralarında yarı yarıya ortak olduğuna dair delil getirse, kölenin yarısının ona ait olduğuna hükmedilir.

Çünkü dâvacı delillendirmek suretiyle iddiasına ışık tutmuştur.

Zilyed malın kendisine miras olarak geçtiğine dair delil getirse, delili kabul edilmez.

Çünkü kölenin yarısının mülkiyeti konusunda kendisi aleyhine hüküm verilmiştir. Kölenin mülkiyetini, dâvacıdan aldığını iddia etmedikçe, zilyedin delili kabul edilmez.

Ölen ortağın mirasçıları ile hayatta kalan ortak arasındaki anlaşmazlıklar

Mufâvada ortaklarından birisi ölse, mal hayatta kalan ortağın elinde olsa, ölenin mirasçıları mufâvada ortaklığını iddia etmekle birlikte hayatta kalan bunu inkâr etse, mirasçılar babalarının bu kişiyle mufâvada ortağı olduğuna dair tanık getirseler, hayatta olanın elinde bulunanlardan hiçbir şeyin onlara ait olduğuna hükmedilmez.

Çünkü tanıklar ortadan kalktığını kesin olarak bildiğimiz bir akde tanıklık etmişlerdir. Çünkü mufâvada akdi, ortaklardan birinin ölümü ile sona erer. Ayrıca onların yaptığı tanıklığın hayatta kalan kişinin şu an elinde bulunan mal üzerinde bir hükmü yoktur. Çünkü geçmişte mufâvada yapılmış olması şu an diğer ortağın elinde bulunan malın ortaklık malı olmasını gerektirmez.

Ancak mirasçılar bu malın, ölen kişi hayatta iken o ortağın elinde bulunduğuna ve bu malın şirket malı olduğuna dair tanık getirirlerse bu durumda malın yarısının onlara ait olduğuna hükmedilir.

Çünkü onlar delil ile mal üzerindeki haklarını ispat etmişlerdir Tanıklar malın şirket malı olduğuna tanıklık etmekle malın yarısının ölene ait olduğuna tanıklık etmişlerdir. Onun ölümünden sonra mirasçılar onun yerini almaktadırlar. Tanıklar,

ölen ortak hayatta iken malın diğer kişinin elinde olduğuna tanıklık etseler, ortaklık devam ederken mal üzerindeki hâkimiyeti, bizzat görme veya karşı tarafın ikrarı ile sabit olan hâkimiyet gibi olur. Bu da malın yarısının ölünün mülkü olmasını gerektirir. Mirasçıları bu konuda onun yerini alırlar.

Hayatta olan kişi elindeki malın kendisine babasından miras olarak kaldığına dair tanık getirse delili kabul edilmez.

Çünkü tanıklar, tanıklık ettikleri şeyi açıkça belirtmişler ve hâkim de onların tanıklığına dayanarak malın yarısının mirasçılara ait olduğuna hükmetmiştir.

Âlimler şöyle demiştir: Bu hüküm, tanıklar malın ikisi arasındaki ortaklığa ait olduğuna tanıklık ettiklerinde geçerlidir. Tanıklar, yalnızca malın ölen kişi hayatta iken diğer ortağın elinde olduğuna tanıklık etmişlerse, tıpkı hayatta olma durumunda olduğu gibi meselenin hükmünün aynı şekilde ihtilaflı olması gerekir.

Mal mirasçıların elinde olup onlar şirket akdini inkâr ederler, hayatta olan kişi mufâvada şirketinin var olduğuna dair delil getirirse, mirasçılar da babalarının öldüğünde bu malı bir ortaklık olmaksızın kendilerine miras olarak bıraktıklarına dair tanık getirseler, onların bu konudaki delilleri kabul edilmez.

Çünkü mirasçılar şirket akdini inkâr etmektedirler. Getirdikleri delil de şirketin bulunmadığına dairdir. Dâvacı ise onların elinde bulunan malın şirkete ait olduğunu delil ile ispat etmiştir. Bu nedenle malın yarısının ona ait olduğuna hükmedilir. Çünkü mirasçılar babaları ölüp, bu malı kendilerine miras olarak bıraktığını iddia etmekle, şirket devam ederken bu malın babalarının elinde olduğunu ikrar etmiş olmaktadırlar.

Bazı âlimler bu konunun da aynı şekilde ihtilaflı olduğunu belirtmiştir.

En doğru görüşe göre her iki konudaki görüşler, üç imamın ortak görüşüdür. Çünkü ölümden sonra delil neden (şirket akdi) için değil, hüküm için kabul edilir. Çünkü neden (şirket akdi) ölümle ortadan kalkmıştır. Bundan dolayı tanıkların bu malın şirket malı olduğunu açıkça söylemeleri ile söylememeleri birbirine eşittir. Hayatta olma durumunda ise böyle değildir.

Ölenin mirasçıları; 'dedemiz öldü ve bu malı babamıza miras olarak bıraktı' deseler ve buna dair delil getirseler, bu kabul edilmez. Bu Ebû Yusuf (rh.a.)'a göredir. Muhammed (rh.a.)'e göre ise, tanıklar mutlak olarak mufâvadaya tanıklık ettikten sonra sağ olan mufâvada ortağının buna dair getirdiği delil nasıl kabul ediliyorsa, aynı şekilde öldükten sonra mirasçılarının ortaya koyduğu delil de kabul edilir. [11/188]

Sağ olan ortağın tanıkları belli bir malın şirket malı olduğuna tanıklık etmişlerse, mirasçıların bu konudaki delilleri kabul edilmez. Nitekim ölen kişi sağ olsa bile onun bu konudaki delili kabul edilmez.

İki mufâvada ortağı birbirinden ayrılsalar sonra onlardan birisi diğerinin üçte bir ile kendisine ortak olduğunu, dâvalı ise yarı yarıya ortak olduğunu iddia etse, her ikisi de mufâvada ortaklığını ikrar ediyorsa; akar ve diğer malların tümü aralarında yarı yarıya ortaktır.

Çünkü mufâvada şirketi mala sahip olma konusunda eşitliği gerektirir. Mufâvada ortaklığının varlığı konusunda tarafların uyuşmaları, onun hükmü olan malın aralarında yarı yarıya ortak olması hususunda da uyuşmaları anlamına gelir. Bundan sonra payların birbirinden farklı olduğunu iddia eden kişi ikrarından dönmüş ve sözünde çelişkiye düşmüştür. Ayrıca akit mutlak olarak ikrar edildiğinde, bundan geçerli akit anlaşılır. Mufâvada akdi ancak taraflar arasında; elbise, ev eşyası, ailenin yiyeceği, kendisi ile ilişkide bulunduğu hizmetçi cariye vb. dışında sermaye olmaya elverişli olan malda eşitlik olduğunda geçerli olur.

Muhammed (rh.a.) şöyle demiştir: Ben bu tür şirket sermayesi olmaya elverişli olmayan malların kimin elinde ise ona ait olduğuna hükmederim. İstihsan yolu ile bu malların şirket malı olmadığına hükmederim.

Kıyasa göre bunlar da şirket malına dahildir. Çünkü bunlar, tarafların birinin elinde bulunan maldır. Tasarruf sonucu meydana gelmiştir. Bilindiği gibi taraflar tasarruf konusunda birbirinin yerini alırlar.

İstihsanın dayandığı delil ise şudur: Mufâvada akdi devam ettiği sürece, tarafların bu mallara ihtiyaç duyacaklarını kesin olarak bildiğimiz için bunlar şirket akdinden ayrı tutulmuştur. Bu nedenle biz ortaklardan birinin bu malı satın aldığını bizzat görsek bunu kendisi için satın aldığına hükmederiz. Bu mallar şirket akdinden ayrı tutulduğundan mutlak mufâvada akdinin kapsamına girmezler. Dolayısıyla dâvanın görünüşü ve inkâr geçersiz olur. Zilyed inkârda bulunduğu için onun sözü kabul edilir.

Kişinin cinsel ilişkide bulunduğu hizmetçi cariyesi de bu mallar hükmündedir.

Çünkü kişinin fiili dinen helâl olacak şekilde yorumlanır. Kişinin cariye ile ilişki kurması ancak cariyenin mülkiyeti tamamen kendisine ait olduğunda helâl olur. Görmez misin, bu cariye müdebber[130] veya ümmüveled[131] olsaydı zilyedin sözü kabul edilirdi. Böyle olmayan cariyede de onun sözü kabul edilir.

Ortaklar birbirinden ayrılmasa fakat içlerinden birisi ölse sonra da şirketin miktarında ihtilaf etseler, şirket yarı yarıya kabul edilir.

Çünkü mufâvadanın devam ettiği sırada biz şirket malının ortaklardan birinin elinde bulunduğunu kesin olarak bilmekteyiz. Ortaklardan birinin ölmesi,

---

[130] **Müdebber Köle:** Özgürlüğüne kavuşması efendisinin ölümüne bağlanmış bulunan erkek köle. Bu durumdaki cariyeye ise "müdebbere" denir.

[131] **Ümm-i veled / ام الولد:** Sahibinden çocuk dünyaya getiren cariyedir.

mufâvada akdinin geçersiz olması konusunda etkilidir. Ortaklardan birinin ölmesi ile ortakların ayrılması, akdin sona ermesi bakımından birbirine eşittir.

Ortakların her ikisi de sağ olsa ve şirket sermayesi birinin elinde bulunsa, o kişi şirket akdini inkâr etse, diğeri de sermayeyi elinde tutan ile arasında mufâvada şirketi olduğuna; malın üçte ikisinin kendisine üçte birinin de zilyede ait olduğuna dair tanık getirse kıyasa göre bu delil kabul edilmez.

Çünkü bu kişinin mufâvada akdini ikrar etmesi, malın yarı yarıya ortak olduğunu ikrar etmektir. Bu ise tanıkların; malın üçte birinin zilyede, üçte ikisinin de dâvacıya ait olduğuna dair yaptıkları tanıklığı yalanlamaktadır. Dâvacı, tanıklarını yalanladığında onların kendisi lehinde yaptıkları tanıklık geçersiz olur.

İstihsana göre tanıkların mufâvada şirketinin varlığı konusundaki tanıklıkları kabul edilir. Sermaye dâvacı ile dâvalı arasında yarı yarıya ortak olur.

Çünkü tanıkların; malın üçte birinin sermayeyi elinde bulundurana, üçte ikisinin dâvacıya ait olması hususunda söyledikleri şeye ihtiyaç bulunmamaktadır. Dolayısıyla bu kısım geçersiz kabul edilir. Onların mufâvada şirketinin varlığı konusundaki tanıklıkları ise devam eder. Ayrıca "sermayeler farklı olsa bile mufâvada şirketi geçerli olur" görüşünü kabul edenler de bulunmaktadır. Tanıklar bu görüşe sahip olup, kendi inançlarına binaen böyle söylemiş olabilirler. Ancak hâkim, hükmü başkalarının inancına göre değil kendi inancı doğrultusunda kendisine göre sabit olan şeye dayandırır. [11/189]

Bu fiille, tanıkların tanıklığı açıklıkla yapmaları ile kapalı olarak yapmalarını birbirinden ayırma konusunda Muhammed (rh.a.)'in savunduğu görüşün zayıflığı ortaya çıkmış olmaktadır. Mufâvada şirketi konusunda tanıkların tanıklık ettikleri meseleyi açıkça yapmaları dikkate alınmayınca, ortaklardan birinin, elindeki malın miras olduğu konusunda getireceği delilin kabulünü engelleme bakımından da dikkate alınmaz. Aksine bu konuda kapalı veya açık olarak yapılan tanıklık birbirine eşittir. Aynı şekilde dâvacı ölse ve onun mirasçısı buna dair delil getirse hüküm yine böyledir. Çünkü mirasçı miras bırakanın halefi ve onun yerine geçen kişidir.

İki mufâvada ortağı birbirinden ayrılsa, onlardan biri sermayenin tümünün diğer ortağın elinde olduğuna, falanca yerin hâkiminin onun aleyhine bu şekilde hüküm verdiğine, daha sonra da malı taksim ettiklerine, o hâkimin malın yarı yarıya ortak olduğuna dair hüküm verdiğine tanık getirse sonra diğer ortak da bizzat o hâkimin veya başka bir hâkimin aynı şekilde kendi lehine hüküm verdiğine dair tanık getirse, bu durumda bakılır: Eğer her iki hüküm de aynı hâkim tarafından verilmişse ve her iki hükmün tarihini biliyorsak daha sonraki hükmü esas alırız. Çünkü bu, hâkimin ilk görüşünden dönmesi anlamına gelir.

Çünkü hâkim kendi hükmünü bilir. Hâkim ancak ilk verdiği hükmün yanlış olduğunu anladığında, ilk hükme aykırı olarak ikinci defa hüküm verir. Bu nedenle biz o hâkimin ikinci hükmünün birinciyi ortadan kaldırdığına hükmettik.

Bu şuna benzer; alıcı ve satıcı bir malın bin dirheme satılması konusunda anlaşsa sonra da yüz dinar üzerinde anlaşsalar, ikinci akit birinciyi ortadan kaldırır.

Eğer hâkimin iki hükmünün tarihi bilinmiyorsa, yahut da her iki hüküm farklı iki hâkim tarafından verilmişse her bir ortak, aleyhine olmadığını düşündüğümüz hükümle bağlı olur.

Çünkü bu hükümlerin her ikisi de görünüşte geçerlidir. Hükmetme yetkisine sahip olan kişi tarafından delile dayanarak verilmiştir. Dolayısıyla şüphe nedeni ile bu hükümleri iptal etmek caiz olmaz. Çünkü bu iki hükümden herhangi biri iptal bakımından diğerinden daha önde değildir. Bu iki hüküm, birbirinin kararlarını bozma yetkisine sahip olmayan ve bunu da istemeyen (aynı statüdeki) farklı iki hâkim tarafından verilmiştir. Bu hâkimler yalnızca kendi meclislerinde tanıkların ettikleri tanıklığa göre hüküm vermişlerdir. Bu hükümler arasında çelişki yoktur.

Çünkü ortaklardan her birinin elinde şirket malının bir kısmı bulunabilir. Tanıklar de malın tümünün bundan ibaret olduğunu sanabilirler. Bu durumda ortaklardan her biri diğerinde olan ile kendi elindekini karşılaştırır. Fazlalıkları birbirine verirler.

Mufâvada şirketinde bir ortak diğerinin mehir borcundan veya diyeti gerektiren bir suç nedeni ile yüklendiği erşten (organ diyeti) sorumlu değildir.

Mufâvada şirketinde ortaklar birbirinin hangi borçlarından sorumludur?

Çünkü her bir ortak diğerinin ticaret nedeni ile yaptığı borçları yüklenmektedir. Nikah ise ticaret olmadığından, nikah nedeni ile gerekli olan mehir de ticaret nedeni ile gerekli olmamış olur. Ayrıca mehir, şirket malı olmaya elverişli olmayan bir şeyin bedelidir. Ortakların birbirine kefil olmaları, şirket sermayesi olmaya elverişli şeylerin bedeli olan borçlarda söz konusudur ki böylelikle borcu yüklenme nedeni ile elde edilen yarar her iki ortağa ait olsun. Diyeti gerektiren suç nedeni ile ödenmesi gereken erş, ticaret nedeni ile değil, düşmanlık nedeni ile gerekli olmuştur. Aynı zamanda bu, kişiler arasında ortak olmaya elverişli olmayan bir şeyin bedelidir. Bunlar arasında fark olduğunu şu göstermektedir; ticaret yapmasına izin verilmiş kölenin ticaret borçlarını ikrar etmesinin aksine mehir ve erş borcunu ikrar etmesi, efendi hakkında geçerli değildir.

Ortaklardan biri, diğerine miras olarak geçen, devlet başkanının kendisine ödül olarak verdiği, hibe edilen veya hediye edilen şeylere ortak olamaz.

Ancak İbn Ebi Leyla (rh.a.)'ya göre bunu yapabilir. O şöyle demektedir: "mufâvada şirketi taraflar arası eşitliği gerektirir. Bu iki kişi arasında şirket devam etmektedir. Bu durumda şirketin gereği olan şey (ortakların mallarda eşit olması) sabit olur." Bu hüküm İbn Ebi Leyla'nın kabul ettiği şu prensibe dayanmaktadır: "Başlangıçta ortakların sermayeleri arasında farklılık olsa bile mufâvada şirketi geçerli olur. Sermaye, aralarında yarı yarıya ortak olur. Daha sonraki farklılıklarda da durum böyledir." [11/190]

Biz Hanefîler ise şöyle demekteyiz: Mülkün bir nedeninin olması gerekir. Mirasçı olmanın nedeni akrabalıktır. Oysa ortak hakkında bu durum söz konusu değildir. Mirasçının, malın yarısını şirket akdi ile ortağına devretmiş olmasına hükmedilemez. Çünkü mirasçının mala malik olma nedeninin gerçekleşmesi, miras bırakanın ölümünden sonradır. Mülkiyeti devir (temlik), kendisinin nedenini geçemez. Çünkü ortaklardan her biri diğerinin, vekilliğe olası ve mümkün işlerde vekili gibi kabul edilir. Halbuki miras, mirasçının mülkiyetine onun bir fiili olmaksızın girmektedir. Dolayısıyla bu konuda ortağının vekili olarak kabul edilemez. Sadakada da durum böyledir. Akdin gerekli kıldığı şeyi (mülkiyeti) kendisine dayandırmakla, ortağının vekili olmuş olmaz.

Bu andığımız şeyler (miras, ödül, hibe, sadaka vb.) dirhem ve dinarlardan ibaret olup da ortak onu teslim almadıkça, mufâvada akdini bozmazlar.

"Teslim almak"tan maksat bunların başkasının zimmetinde alacak olmamasıdır. Bu hüküm daha önce açıkladığımız şu prensibe dayanmaktadır: "Ortaklardan biri şirket sermayesi olmaya elverişli bir şeye malik olduğunda, mufâvadanın gereği olan eşitlik ortadan kalkar. Dolayısıyla şirket de batıl olur."

Mufâvada ortaklarının emanet alması ve vermesine dair hükümler

Ortaklardan birinin elinde emanet olarak bulunan mal, her ikisinin elinde emanet olmuş olur.

Çünkü bu iki kişi, mufâvada ortaklığı ile ticarî işler konusunda tek bir kişi gibi olmuşlardır. Muhammed (rh.a.) şöyle demektedir: "Emanet de ticarî işler kapsamındadır."

Emanet alan kişi elindeki malın emanet olduğunu açıklamadan ölürse, mal her iki ortağın borcu olur.

Çünkü emanet alan kişi, elindeki emanet malı bildirmeden ölünce emanet malı (vediayı) mülk edinmiş olmaktadır. Bu, ortaklardan birinin şirket malı olmaya elverişli bir şey mülk edinmesi nedeni ile gerekli olan ödemedir. Dolayısıyla diğer ortağı da bağlar.

Şu söylenebilir: "Bu ödemenin gerekli olması emanet alanın ölümünden sonradır. Halbuki onun ölümünden sonra mufâvada ortaklığı ortadan kalkmıştır."

Buna şu şekilde cevap veririz: Durum belirttiğiniz gibi değildir. Aksine emanet alan kişi elindeki malın emanet olduğunu açıklayamadan ölmeye yaklaştığında, malın emanet olduğunu belirtmemiş olur. Dolayısıyla daha ölmeden bu kendisinin borcu olur.

Sağ olan ortak "ortağım ölmeden önce onun elinde mal telef oldu" dese bu doğrulanmaz.

Çünkü ortağın ölümünden sonra iki taraf arasında ortaklık kalmamıştır. Taraflardan birinin sözü, arada var olan akit nedeni ile diğer ortağın sözü gibi kabul edilir. Emanet alan kişinin kendisi emaneti inkâr etmekle ödeme yükümlülüğünü yüklendikten sonra malın kendi elinde telef olduğunu iddia etse doğrulanmaz. Aynı şekilde bu konuda ortağının sözü de kabul edilmez. Çünkü kendisinden ödeme borcunu kaldırma konusunda kişinin sözü, emin olduğu durumlarda kabul edilir. Ödeme yükümlülüğünü ortadan kaldırma konusunda kabul edilmez.

Emaneti alan kişi hayatta olan ortak ise onun sözü kabul edilir.

Çünkü ortağının ölümünden sonra kendisi hayatta kaldığı sürece emanet malı mülk edinmediği gibi onun ödeme borcunu da yüklenmiş olmaz. Çünkü o hayatta olduğunda yüklendiği görevi yerine getirebilir. Bu nedenle onun sözü kabul edilir.

Şu sorulabilir: "Ortaklardan her biri emanet malı kabul etmekle, yükümlü oldukları konularda diğer ortağa eşit değil midir?"

Buna şu şekilde cevap veririz: Evet öyledir. Ancak ölüm sırasında mülkiyetin geçmesi, malı elinde bulundurma esasına dayanır. Çünkü, mal üzerinde niteliği bilinmeyen el, ölüm sırasında mülk eline dönüşür. Emanet mal da gerçekte ortağın değil, emanet alanın elindedir.

Hayatta olan ortak 'Ben emanet olarak duran yiyecek maddesini, ortağım ölmeden önce yemiştim' dese ödeme sadece kendisine gerekli olur. Ortağı aleyhine doğrulanmaz.

Çünkü kendisine ödemenin gerekli olması ikrar nedeniyledir. İkrarı yaptığı sırada ise arada mufâvada ortaklığı bulunmamaktadır. Bu yüzden onun sözü diğer ortağın hakkında doğrulanmaz.

Ancak emanet malı diğer ortak hayatta iken harcadığına dair delil getirirse doğrulanır. [11/191]

Çünkü delil ile sabit olan şey, bizzat görme ile sabit olan şey gibidir.

Dolayısıyla emanet malı ödeme borcu her iki ortağa gerekli olur. Bu Ebû Hanîfe ve Muhammed (rh.a.)'in görüşüdür. Ebû Yusuf (rh.a.)'a göre ise yalnızca harcayana gerekli olur.

Bu meselenin temeli şuraya dayanmaktadır: Mufâvada şirketinde ortaklardan birisi bir malı gasbetme veya telef etme nedeni ile ödeme borcunu yüklendiğinde, Ebû Yusuf (rh.a.)'a göre bu, diyet gerektiren suçlardaki erş gibidir. Çünkü bu borç, ticaret dışında bir nedenle gerekli olmuştur. Ayrıca bu, telef edilen şeyin bedelidir. Telef edilen şey şirket malı olmaya elverişli değildir.

Ebû Hanîfe ve Muhammed (rh.a.) ise şöyle demektedirler: Ticaret yapmasına izin verilmiş köle gasp ve telef etme nedeni ile olan ödeme borcunu ikrar edebildiğine ve bundan derhal sorumlu tutulabildiğine göre bunlar ticaret nedeni ile olan bir ödemedir. Çünkü bunlar şirket malı olmaya elverişli bir şeyin bedelidir. Bu ödeme nedenin kendisi dolayısıyla gerekli olmaktadır. Bu neden gerçekleştiğinde ise mahal (gasp veya telef edilen mal) mülk olmaya elverişlidir. Bundan dolayı malı gasp ve telef eden kişiler, ödeme ile bu mala sahip olurlar.

Ortaklardan birisi, şirkete ait bir malı bir kimseye emanet bıraksa, emanet alan da malı ona veya ortağına geri verdiğini iddia etse yeminle birlikte onun sözü kabul edilir.

Çünkü emanet alan kişinin malı her ikisine geri vermesine izin verilmiştir. Hem de o mal konusunda güvenilirdir. Mufâvada şirketinde ortaklar malı emanet bırakma konusunda birbirinin yerini alabildikleri gibi malı geri alma konusunda da birbirinin yerini alabilirler. Bu nedenle yeminle birlikte emanet alanın sözü kabul edilmiştir.

Emaneti aldığı iddia edilen kişi bunu inkâr etse, inkâr etme sözü nedeni ile diğer ortağa bir şey ödemez.

Çünkü emanet alanın sözü; malı teslim ettiğini iddia ettiği kişiye malın ulaşması konusunda değil, kendisini ödeme yükümlülüğünden kurtarma konusunda kabul edilir. Görmez misin, emanet veren kişi vasiyet görevlisi (vasî) olsa, emanet alan malı ona teslim ettiğini iddia etse, vasî yetime karşı bir şey borçlanmaz. Aynı şekilde malın sahibi emanet alana borcunu emanet maldan ödemesini emretse, o da bunu yaptığını belirtse, alacaklı da "sen bir şey ödemedin" dese, zimmetinin borçtan uzak olması konusunda emanet alanın sözü esas alınır. Alacaklı olan kişinin alacağını bulunduğu durum üzere ödemek de emanet verene düşer.

Bizim meselemizde; emanet alan kişinin malı kendisine geri verdiğini iddia ettiği ortak, "Allah'a andolsun ki ben o malı teslim almadım" diye yemin eder.

Çünkü bu kişi malı teslim aldığını inkâr ettiği için onun ortağı kendi payının ödeme yükümlülüğünün ona ait olduğunu iddia etmektedir. Ortak emanet malı teslim aldığını ikrar ettiğinde, diğer ortağın payını ödemek kendisine gerekli olur. İnkar ettiğinde bunun üzerine yemin eder.

Ortaklardan birisi ölse, sonra da emanet alan kişi emanet malı ölene geri verdiğini iddia etse, hüküm yine belirttiğimiz gibidir.

Çünkü diğer ortağın ölümünden sonra emanet alan kişi güvenilir olmaya devam etmektedir. Görmez misin, onun emanet malı geri verdiği yolundaki sözü, emanet bırakanın mirasçıları hakkında geçerlidir. Aynı şekilde ortağı hakkında da geçerli olur.

Daha sonra mirasçılara bunu bilmediklerine dair yemin ettirilir.

Çünkü miras bırakan hayatta olup malı teslim aldığını inkâr etse, diğer ortağın hakkı nedeni ile emanet alanın yemin etmesi istenir. Emanet verenin ölümünden sonra da böyledir. Ancak hayatta olduğunda kişi kendi fiili üzerine yemin eder. Mirasçılar da miras bırakanın teslim alma fiili üzerine yemin ederler. Biz daha önce başkasının fiili üzerine yemin etmenin bilme şeklinde "bildiğim kadarıyla diyerek" yapılacağını belirtmiştik.

Emanet alan kişi, emanet malı ölenin mirasçılarına verdiğini iddia eder de onlar bunu yalanlayarak malı teslim almadıklarına dair yemin ederlerse emanet alan kişi, hayatta olan ortağın bu maldaki yarı payını öder.

Çünkü ölenin payını onun mirasçılarına teslim etme hakkı vardır. Çünkü mirasçılar yalnızca ölüye ait olan hak konusunda onun yerine geçen halefi olurlar. Ayrıca mufâvada akdi ortaklardan birinin ölümü ile sona ermiştir. Emanet alan kişi emanet malı ölenin mirasçılarına vermekle hayatta olan ortağın payının ödeme yükümlülüğünün kendisine ait olduğunu ikrar etmiş sayılır.

Sonra bu yarım pay, hayatta olan ortakla ölenin mirasçıları arasında yarı yarıya ortak olur. [11/192]

Çünkü emanet alan kişinin sözü, emanet malın ölenin mirasçılarına teslim edildiği konusunda kabul edilmez. Onun sözü, sadece kendisinin ödemekle yükümlü olmaması konusunda kabul edilir. Malın diğer yarısı da telef olmuş gibi kabul edilir. Ortak maldan telef olan kısım, şirketin hesabından telef olmuştur. Kalan kısım da şirketin hesabında (ortak mal olmaya) devam eder.

Emanet alan kişi 'malı bana emanet bırakmamış olan ortağın ölümünden sonra ben emanet malı bana emanet bırakan kişiye geri verdim' dese ve bunun üzerine yemin etse ödemeden kurtulur.

Çünkü emanet alan, emanet malın tümünü geri verdiğini iddia etmektedir. Bilindiği gibi emanet alan kişi; malın gerçek sahibi olsun olmasın malı kimden teslim almışsa, ona geri verme hakkı vardır. Emanetçinin mufâvada ortaklığı ortadan kalktıktan sonra malı teslim aldığı kişiye geri vermesi, ortaklık devam ederken vermesi gibidir. Hayatta olan ortak malı teslim almadığına dair yemin ettikten sonra emanetçi, ona ödeme yükümlülüğünü yükleme konusunda doğrulanmaz.

Emanet veren ortak ölür ve emanet alan "yarısı hayatta olan ortağa diğer yarısı da ölenin mirasçılarına olmak üzere malın tümünü size teslim ettim" dese, onlar da bunu inkâr etseler, yeminle birlikte emanetçinin sözü kabul edilir. Kendisi ödemeden kurtulur.

Çünkü o, her birinin payının kendi eline ulaşması suretiyle emaneti yerine getirdiğini bildirmektedir. Hayatta olan ortak veya mirasçılar arasından bir taraf malın yarısını teslim aldığını ikrar etse, diğer taraf o malda ortak olur. Çünkü onun ikrarı ile malın kendi eline ulaştığı sabit olmaktadır. Emanetçinin iddiası ile diğer yarımın sahibine ulaştığı sabit olmamıştır. Teslim almanın sabit olduğu kısım taraflar arasında ortak olur. Bunun dışındaki bölüm telef olmuş kabul edilir.

İki ortak hayatta olsalar ve emanetçi 'ben malı o ikisine geri verdim' dese, ortaklardan biri bunu ikrar ederken diğeri inkâr etse, emanetçi ödemeden kurtulur. Yemin etmesi de gerekmez.

Çünkü mufâvada akdi devam ederken ortaklardan birinin emanetçiyi doğrulaması, her ikisinin doğrulaması gibi kabul edilir. Her iki ortak doğruladığında emanetçiye yemin gerekmediği gibi burada da gerekmez.

Ortaklar ayrıldıktan sonra emanetçi "ben, malı bana emanet bırakana geri verdim" dese ödemeden kurtulur.

Çünkü malın emanet edene geri verilmesi hakkı, ortaklar arasında mufâvada akdinin bulunması nedeni ile değil, malın emanetçiye onun tarafından verilmiş olması nedeniyledir.

Emanetçi "ben malı (bana emanet olarak bırakmamış olan) diğer ortağa verdim" dese, şayet diğer ortak onu yalanlarsa, emanetçi malı kendisine emanet bırakan kişiye yarısını öder.

Çünkü şirket dağıldıktan sonra emanetçinin emanet malı emanet bırakanın ortağına geri verme hakkı yoktur. Ortağın payını emanet bırakana geri verme hakkı ise vardır. Bu nedenle emanetçi, ortağın payında emaneti yerine getirdiğini bildirmekte, emanet bırakanın payında da malı başkasına vermekle ödemeyi yüklendiğini ikrar etmektedir.

Emanet alanın teslim aldığı miktar iki ortak arasında yarı yarıya olur.

Çünkü diğer ortak emanetçiyi yalanladığında, onun maldaki payını elde ettiği konusunda emanetçinin sözü doğrulanmaz. Bu yarım, telef olmuş gibi kabul edilir. Kalan da yarı yarıya olur.

Diğer ortak emanetçiyi doğrularsa, emanet veren seçim hakkına sahiptir; dilerse ortağına kendi payını ödettirir. Çünkü haksız yere onu teslim almıştır. Dilerse emanetçiye ödettirir.

Çünkü o, bu kişinin payını, mufâvada şirketi ortadan kalktıktan sonra eski ortağına vermiştir. Haksız yere malı başkasına veren kişi, tıpkı haksız yere malı alan gibi ödemekle yükümlüdür.

Mufâvada şirketinde; iki ortaktan birinin emri (izni) olmaksızın diğerinden âriyet almak, yemeğini yemek, yenilebilir olan hediyesini kabul etmek, davetine katılmak caizdir. Bunda bir sakınca yoktur.

Mufâvada ortaklarının ödünç (âriyet) mal alması ve vermesi ile ilgili hükümler

İstihsanen ne davetçiye ne de yemek yiyene ödeme gerekmez. Kıyasa göre mufâvada ortağının bu faaliyetleri yapma yetkisi yoktur. Çünkü bunu yaptığında diğer ortağın payında onun emrine uygun olmayan şekilde tasarrufta bulunmuş olmaktadır. Çünkü diğer ortak kendisine ticaret yapmayı emretmiştir. Âriyet, hediye vermek, davete çağırmak ticarî işlerden değildir. Kıyasa göre böyle olmakla birlikte Muhammed (rh.a.) istihsana göre hüküm vererek şöyle demiştir: "Bu faaliyetler ticarete bağlı olan işlerdendir. Ticaretle uğraşan kişi bunlardan uzak kalamaz. Nitekim ticaret yapmasına izin verilen köle, mücahitler kendisinin yanında toplansın diye onları yemeğe çağırabilir. Yemeği onlara hediye edebilir. Halbuki ticaret yapmasına izin verilen köle hiçbir mala sahip değildir. Aksine yalnızca ticaret yapmaktadır. Mufâvada ortağı ise malın yarısına sahip olan bir tacirdir. Bu durumda onun bu faaliyetleri yapması daha önceliklidir.

[11/193]

Muhammed (rh.a.) burada Selman el-Fârisî (r.a.)'nin hadisini anmıştır. O şöyle demiştir: "Ben köle iken, henüz mükâtebe yapmadığım durumda Resûlüllah (s.a.v.)'a bir hediye verdim. O da bunu kabul etti."[132]

Yine Ahres b. Hakîm (r.a.)'in babasından rivâyet ettiğine göre Resûlüllah (s.a.v.) bir kölenin davetini kabul etmiştir. Ebû Useyd (r.a.)'in özgür kıldığı Ebû Saîd (r.a.) "Ben köle iken evlendim. Ebû Zer (r.a.)'in de dahil olduğu Resûlüllah (s.a.v.)'ın sahabilerinden bir grubu davet ettim. Onlar benim davetime katıldılar." demiştir.

Mufâvada ortağı, bir kişiye elbise giydirse, binek hayvanı hibe etse veya altın, gümüş, diğer mallar ve tahıl hibe etse, bunların tümü diğer ortağın payında geçerli değildir.

Çünkü bunlar teberrudur. Meyve, et, ekmek vb. gibi yenilebilen şeylerde istihsan yolu ile bunun caiz görülmesinin nedeni, mücahitlere hediye etmek tacirlerin yaptıkları işlerden olduğu içindir. Ancak diğer eşyaların hibe edilmesi tacirlerin yaptıkları işlerden değildir. Ticarî işler kapsamında görülen ve görülmeyen şeyleri belirlemek için örfe başvurulur.

Ortaklardan biri, bir binek hayvanını âriyet olarak verse, âriyet alan da buna binse hayvan telef olduktan sonra âriyet alanla veren biniş mesafesi konusunda anlaşmazlığa düşseler, belirlenen yere kadar verilen âriyet sadaka olur. Âriyet alan da ödemeden kurtulur.

---

[132] Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, V/439; Heysemî, *Mecmau'z-zevâid*, III/247, IV/287.

Çünkü mufâvada akdi, ortaklardan birinin şirket malı hakkındaki ikrarının, her iki ortak tarafından yapılmış gibi kabul edilmesini gerektirir.

Ortaklardan birinin ödünç aldığı bir malı diğer ortağın kullanması

Ortaklardan biri belirli bir yere kadar binmek üzere bir hayvanı âriyet alsa, hayvana kendisi değil de ortağı binse ve hayvan telef olsa, her iki ortak ödemekle yükümlü olur.

Çünkü hayvana binme konusunda insanlar farklılık gösterirler. Hayvan sahibi başkasının değil yalnızca âriyet alanın hayvana binmesine razı olduğundan, diğer ortak hayvana binmekle gasbeden olmakta, hayvanın telef olması durumunda ödeme sorumluluğunu üstlenmektedir. Biz daha önce; gasp nedeni ile ortaklardan birinin yüklendiği borcun diğer ortaktan da istenebileceğini belirtmiştik.

Eğer diğer ortak her ikisinin ihtiyacı olan bir iş nedeni ile hayvana binmişse, hayvanın ödenmesi ikisinin mallarından yapılır.

Çünkü hayvana binmenin yararı ikisine aittir. Bu nedenle ödenmesi gerekli olan ödeme, iki ortağın malından ödenir. Çünkü borç, yarara karşılıktır.

Eğer diğer ortak kendi ihtiyacı için binmişse, hayvanın değerini yine ikisi öder. Ancak ortaklar ödemenin bedelini, âriyet alan ortağın malından ödemişlerse, bu ortak kendi payını hayvana binenden geri alır.

Çünkü binmenin yararı yalnızca binene aittir. Ödeme de ona aittir.

Bu şuna benzer; ortaklardan birisi bir mal gasbetse veya yiyecek bir şey satın alarak yese ve bedelini her iki ortağa ait maldan ödese, ödediği bedel kendi zimmetinde diğer ortağın alacağı olarak kalmaya devam eder.

Ortaklardan biri, kendi nafakası olan yiyeceği belirli bir yere kadar taşımak üzere bir hayvanı âriyet olarak alsa, daha sonra onun ortağı ikisine ait şirket malından veya şirket malı dışında kendilerine ait olan maldan âriyet akdinde belirtilen miktarda malı, belirlenen yere kadar taşısa kendisine ödeme gerekmez.

Çünkü âriyet akdinde, bir yararı olmayan koşullar geçerli değildir. Belirlenen yiyeceği veya onun mislini taşımakla hayvanın uğrayacağı zarar değişmez. Ortaklardan her birinin taşıma konusundaki fiili diğerinin fiiline denktir. Âriyet alan kişi hayvan üzerinde şirkete ait olan veya başka bir kişiye ait bir mal taşısa ödemekle yükümlü olmaz. Aynı durum onun ortağı için de söz konusudur. Görmez misin, bir kişi başkasından on mahtûm buğday taşımak üzere bir hayvanı âriyet olarak alsa, buğdayı taşımak üzere hayvanı vekiline verse, vekil de kendi buğdayını taşısa vekil ödemez. Çünkü mufâvada akdi, vekillik akdinden daha bağlayıcıdır.

[11/194]

Aynı şekilde mufâvada ortaklarından birisi Zut yöresine ait binek hayvanın iki yanına konulan denkleri taşımak üzere hayvanı âriyet olarak alsa sonra da onun ortağı bu denk yükü kadar yük taşısa ödemez. Ancak kaftan ve elbise ile dolu

dengi taşısa öder. Çünkü cinsler değişmekte ve bunların hayvana verdiği zarar da birbirinden farklı olmaktadır.

Âriyet alan kişi bunları taşısa ödeyeceği gibi, ortağı da aynı şekilde öder. Ancak bu taşıdıkları mallar ticaretini yaptıkları mal ise, taşımanın yararı her iki ortağı ilgilendirdiğinden ikisi öder.

Malı taşıyan elinde başkasına ait ticaret yapmak üzere alınmış bir mal ise yine iki ortak öder.

Çünkü malı hayvana yükleten gasbeden, diğeri de onun kefilidir.

Hayvanın değeri şirket malından ödenmişse malı taşımayan ortak, diğer ortaktan ödenen miktarın yarısını alır.

Çünkü bu taşımada kendisinin yararı söz konusu değildir. Dolayısıyla da ödeme borcu kendisine ait olmaz.

Kişi on mahtûm buğday taşımak üzere hayvanı âriyet olarak alsa, daha sonra onun ortağı, şirkete ait on mahtûm arpa taşısa âriyet alan ödemez.

Çünkü arpa hayvan için buğdaydan daha hafiftir. Malı âriyet alanın kendisi hayvana yükletmiş olsun veya olmasın; yük hayvan için daha hafif olduğundan yükü taşıyan kişi bununla hayvan sahibinin hakkına aykırı davranmış olmaz.

Aynı şekilde iki kişi inan şirketinde ortak olsa, onlardan birisi hayvanı âriyet olarak alsa, bu meselede verilecek cevap, mufâvada şirketinde verdiğimiz cevabın aynısıdır.

Çünkü ödemenin gerekli olması, hayvan açısından daha zararlı olan bir şeyi taşıma nedeniyledir. Oysa belirttiğimiz durumda bu gerçekleşmemektedir.

Ortaklardan biri kendi ailesinin yiyeceği olan buğdayı taşımak üzere bir hayvanı âriyet olarak alsa, sonra da onun ortağı hayvana kendisine ait arpayı yükletse ödemekle yükümlü olur.

Çünkü bu kişi ne hayvan sahibinin ne de hayvanı âriyet olarak alan ortağının izni olmaksızın onu kullanmaktadır. Çünkü hayvanı âriyet alan kişi onu kendi yararı için almaktadır. Çünkü ailesinin yiyeceği olarak hazırladığı şey, yalnızca kendisine ait bir mülkiyettir. Bu da diğer ortağın bu yiyecekten yararlanmasına razı olmaması ile olur. Bundan dolayı diğer ortak ödemekle yükümlüdür.

Bir kimse, iki mufâvada ortağından birinin kendisine bir hizmetçi câriye sattığını iddia etse, her iki ortak da bunu inkâr etse, dâvacı dâvalıya "kesin olarak böyle bir satışın sabit olmadığı", onun ortağına da "bildiğim kadarıyla böyle bir satış olmadı" şeklinde yemin ettirme hakkına sahiptir.

Çünkü ortaklardan her biri bu kişinin iddia ettiği şeyi ikrar etseler, bu ikrar her ikisini de bağlar. İnkar ettiğinde, yeminden kaçınma olasılığı bulunduğu için

kendilerine yemin ettirilir. Ancak cariyeyi sattığı iddia edilen ortak, kendi fiili konusunda yemin ettiği için onun yemini böyle bir şeyin kesin olarak gerçekleşmediğine dair yapılır. Onun ortağı ise başkasının fiili konusunda yemin ettiğinden yemini de "bildiğim kadarıyla" şeklinde olur.

Ortaklardan hangisi yeminden kaçınırsa câriyenin satın alana ait olduğuna, bedelin de dâvalıya ait olduğuna hükmedilir.

Çünkü yeminden kaçınmak ikrar gibidir. Onlardan birinin ikrarı ise her ikisini bağlamaktadır.

Aynı şekilde;

Bir kimse (mufâvada) ortaklarından birinin kendisine maliyet fiyatına bir mal sattığını, kendisiyle ortaklık yaptığını, bir şey kiraladığını, borcunu teslim ettiğini, şuf'a (ön alım) yolu ile bir evi teslim ettiğini iddia etse hüküm yukarıda belirttiğimiz gibidir.

[11/195] Çünkü ticaretle ilgili işlerde mufâvada ortaklarından birinin fiili ikisinin fiili gibidir. Onlardan birinin ikrarı her ikisini de bağlamaktadır. Bu nedenle ortaklardan her biri dâvacının dâvasına göre yemin eder.

Dâvacı söz konusu durumlarla ilgili her iki ortak aleyhinde bir şey iddia ederse, onlardan her birine kesin olarak yemin teklif etme hakkına sahiptir.

Çünkü bu durumda onlardan her biri kendi fiili üzerine yemin etmiş olmaktadır. Onlardan kim yeminden kaçınırsa iddia konusu şey ikisi hakkında da geçerli sayılır.

Dâvacı (olan üçüncü bir kişi), (iki mufâvada ortağından) kayıp olan ortak aleyhinde bir iddiada bulunduğunda var olan ortağa "bildiğim kadarıyla" şeklinde yemin ettirebilir. Kayıp olan ortak geldiğinde, tıpkı her iki ortağın da var olması durumunda olduğu gibi dâvacı ona kesin olarak yemin teklif edebilir.

Belirtilen durumlardan herhangi birini mufâvada ortaklarından biri, üçüncü bir kişi aleyhinde iddia eder ona bu konuda yemin ettirirse, daha sonra diğer ortağın o kişiye yemin ettirme hakkı yoktur.

Bununla diğer mesele arasındaki farkın iki nedeni vardır;

Birincisi; Dâvacı konumunda olan mufâvada ortağı tıpkı vekil gibi, diğer ortağın yerini alır. Dâvalıya vekilin dâvası nedeniyle yemin ettirildiğinde, bundan başka bir de vekil edenin (müvekkilin) dâvası için yemin ettirilmez. Çünkü yemin etmesini isteme konusunda vekillik geçerlidir. Oysa dâvalı konumunda olanlar mufâvada ortakları ise dâvalı olan mufâvada ortağı, yemin etme konusunda diğer ortağın yerini alamaz. Çünkü yemin etme konusunda vekillik geçerli olmaz. Bundan dolayı bu durumda dâvacı diğer ortağa da yemin ettirir.

İkincisi; Dâvalının yemin etmesini isteme, bir yarar sağlıyorsa yapılır. Bir yarar sağlamadığında yapılmaz.

Dâvayı açanlar mufâvada ortakları ise ve onlardan birinin dâvası sonucu dâvalı yemin etmişse, diğerinin dâvası nedeniyle ona tekrar yemin ettirmenin bir yararı yoktur.

Çünkü kişi, bir kişinin açtığı dâvada bir olayla ilgili yemin ettikten sonra aynı olayla ilgili başka kişinin dâvasında yemin etmekten kaçınmaz.

Mufâvada ortaklarına karşı dâva açıldığında, ortaklardan birisi yemin etse bile diğerinin yemin etmesinin bir yararı olur. Çünkü bir ortak yemin etmeyi fazla önemsemezken diğeri bundan kaçınabilir.

Çünkü insanlar yemine cesaret etme konusunda birbirinden farklılık gösterirler. Bu nedenle dâvacı ortaklardan birine yemin ettirdikten sonra, diğerinin yeminden kaçınma olasılığı bulunduğu için ona da yemin ettirebilir.

Bir kimse, mufâvada ortaklarından birisi aleyhinde, erşi (organ diyeti) gerektiren yanlışlıkla yaralama konusunda iddiada bulunsa ve onun bu konuda kesin olarak yemin etmesini istese, o da buna yemin etse, dâvacı daha sonra diğer ortağın yemin etmesini istese, bunu yapamaz. Dâvacının diğer ortağa dâva açması söz konusu olamaz.

Çünkü ortaklardan her biri, birbirinin ticaret nedeni ile olan borçlarına kefildir. Diyeti gerektiren suç nedeni ile olan borçlarda, diğer ortak kefil olamaz. Görmez misin diyeti gerektiren suç, tanıklar yolu ile veya bizzat görmek suretiyle sabit olsa, diğer ortak bu suç nedeni ile gerekli olan bedelden herhangi bir şeyle yükümlü olmaz. Kendisine yönelik suç işlenen kişi ile bu ortak arasında, dâva da söz konusu olmaz. Bundan dolayı dâvacı bu ortağa yemin ettiremez. Çünkü yemin isteme, yeminden kaçınmanın muhtemel olması nedeniyledir. Halbuki bir ortağın diğer ortak hakkında suç ikrarında bulunması zaten geçersizdir.

Aynı şekilde mehir, hul' bedeli[133], kasten işlenen ve diyeti gerektiren bir suçtan sonra yapılan sulhün bedeli vb. borçlarda bir kişi ortaklardan biri aleyhinde bunları iddia eder ve ona yemin ettirirse, diğer ortağa yemin ettirme hakkı yoktur.

Mufâvada şirketinde ortakların kefil olması ile ilgili hükümler

Bir kişi iki mufâvada ortağından biri üzerinde kefillik nedeniyle bir borç iddia etse ve buna dair kendisine yemin ettirse, diğer ortağa da yemin ettirebilir. Bu Ebû Hanîfe (rh.a)'nin görüşüdür. Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.)'e göre ise bunu yapamaz.

[133] **Hul'** /الخلع **(Muhâlea** / المخالعه**)** : Nikah mülkiyetini kadının kabulüne bağlı olarak ortadan kaldırmaktır. Hanım tarafından kocaya verilecek bir bedel veya hanımın mehirden vazgeçmesi karşılığında tarafların rızası ile gerçekleştirilen boşanmadır.

[11/196] Bu meselenin temelinde şu bulunmaktadır: Mufâvada ortaklarından birisi bir borca kefil olduğunda Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre bu kefalet diğer ortak için de bağlayıcı olur. Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.)'e göre ise diğer ortak bundan sorumlu değildir.

Onların görüşünün dayandığı delil şudur: Ticaret yapmasına izin verilen köle (me'zûn) ve mükâtep[134] gibi teberru yapmaya ehil olmayan kimsenin kefil olması geçerli değildir. Bu göstermektedir ki kefillik bir teberrudur. Ölüm hastalığında olan birisi bir borca kefil olduğunda bu malının üçte birinde geçerli olur. Ortaklardan her biri, birbirinin teberru nedeniyle olan değil, ticaret nedeni ile olan borçlarına kefildir. Nitekim ortaklardan birinin hibede bulunması ve sadaka vermesi diğer ortak hakkında geçerli olmaz. Kefillik de böyledir.

Ebû Hanîfe (rh.a.)'nin, görüşünü delillendirmede iki yolu vardır:

Birincisi; Kefil olma, mufâvada akdinin gereklerindendir. Bu yüzden ortaklardan her biri diğerinin vekili olduğu gibi, aynı zamanda kefili de olmaktadır. Dolayısıyla kefillik yolu ile birinin ödemesi gerekli olan şey mufâvada akdinin gereklerinden olması nedeni ile diğer ortak için de bir borç olur. Diğer ortağı da bağlar. Nitekim ortaklardan birisi bir malı satın alma konusunda bir kişiye vekil olsa, diğer ortak o kişiden malın bedelini isteyebilir.

İkincisi; Kefillik başlangıçta bir teberrudur. Ancak geçerli olunca muavazaya (bedelli akit) dönüşür. Görmez misin, bir kişinin isteği üzerine ona kefil olan kişi, alacaklıya ödediğini bu kişiden geri alır. Bizim meselemizde de kefillik akdi geçerli olarak gerçekleşmiştir. Kefil olan kişi, borcun kendisinden istenebileceği bir kişi olmuştur. Kefillik geçerli olunca; tıpkı bir malın satın alınması nedeni ile ödenmesi gereken borç gibi, bir malın diğer bir malla değişimi nedeni ile ortaklardan biri üzerine gereken borçtan diğer ortak da sorumlu olur. Borçlu, mükâtep, ticaret yapmasına izin verilen kölenin kefil olması ve ölüm hastalığında bulunan kişinin malının üçte birini aşan kısmında kefil olması andığımız durumdan farklıdır. Çünkü bu hiçbir şekilde geçerli değildir. Bunlarda kefillik akdi başlangıçta geçerli olmadığı için sonradan bedelli bir akit durumuna dönüşmesi de söz konusu olamaz. Kimi zaman bir tasarrufun başlangıçta bir teberru, sonuç itibarıyla ise bedelli bir akit olması mümkündür. Mesela bir bedel verilmesi koşuluyla yapılan hibe böyledir. Bu tasarruf başlangıçta bir teberrudur. Daha sonra her iki taraf bedelleri teslim aldığında bedelli duruma gelmiş olur. Ortaklardan birinin kefil olduğu borç Ebû Hanîfe'ye göre diğer ortağı da bağlar.

---

[134] **Mükâteb / مكاتب**: Özgür olmak için sahibi ile belli bir meblağ sağlamak ve getirmek üzere sözleşme yapan köle. Yapılan sözleşmeye de "kitâbet akdi" veya "mükâtebe akdi" denir.

Diğer ortağa borca kefil olma iddiası ile ilgili olarak yemin ettirilebilir. Çünkü o bunu ikrar etse her iki ortak için de bağlayıcı olur. Bu yüzden inkâr ettiğinde yemin etmesi istenir.

Çünkü ortağının kefil olduğu sabit olsa, borç bu ortaktan da istenilebilir. Bu nedenle dâvalı ortak inkâr ettiğinde bu ortağın yemin etmesi istenilir. Mehir ve erş böyle değildir. Çünkü bunların bedeli delil ile sabit olsa bile dâvalı olmayan ortaktan istenilmez. Dolayısıyla kendisinden yemin etmesi de istenilmez. Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.)'e göre dâvalı olan ortağın kefil olduğu delil ile sabit olunca, borç diğer ortaktan istenilemeyeceği için kendisine yemin de ettirilemez.

Ortaklardan birisi bir kişinin kendisine kefil olduğunda, bu diğer ortağı bağlamaz. Bu konuda görüş birliği vardır. Dâvalı ortak bunu inkâr ettiğinde, diğer ortaktan yemin etmesi de istenilemez.

Çünkü kişiye kefil olmak, içinde bir borç unsuru bulundurmamaktadır. Bu nedenle burada bedelli bir akit söz konusu değildir. Bu durumda bu kefilliğin hükmü onu gerçekleştiren kişiye aittir. Çünkü mufâvada şirketinde ortaklardan her biri, ortaklığa elverişli konularda birbirinin kefilidir. İnsana kefil olmak ise ortaklık yapmaya elverişli şeylerden değildir.

Müslüman ve zimmî arasında mufâvada ortaklığı

Ebû Hanîfe ve Muhammed (rh.a.)'e göre Müslüman ile zimmî[135] arasında mufâvada şirketi caiz değildir. Ebû Yusuf (rh.a.) mekruh olmasına rağmen bunun caiz olduğunu söylemiştir.

Ebû Yusuf (rh.a.)'un görüşünün dayandığı delil şudur: Hem Müslüman hem de zimmî, mutlak olarak kefil ve vekil olmaya ehildir. Bu nedenle iki Müslüman veya iki zimmî arasında mufâvada şirketi geçerli olduğu gibi, bir Müslüman ile zimmî arasında da geçerli olur. Çünkü mufâvada akdinin gereği kefillik ve vekilliktir. [11/197] Onların bu konularda ehil olması koşuldur. Sonra onlardan her biri bizzat kendisi tasarruf yapma yetkisine sahiptir. Bu nedenle her biri mufâvada şirketi yapmaya ehil olmaktadır. Görmez misin, mufâvada şirketi iki zimmî arasında veya iki Müslüman arasında geçerli olmaktadır. Aynı şekilde Müslüman ile zimmî arasında da geçerli olur. Müslüman, şarap ve domuz konusunda tasarruf edemezken, zimmînin bunlarda tasarruf etmesi nedeniyle iki kişinin tasarruflarındaki farklılığa itibar edilmez. Çünkü Müslüman ile mufâvada şirketi kuran bir zimmî bana (Ebû Yusuf) göre şarap ve domuz üzerinde tasarrufta bulunmaz. Hem sonra tasarrufta eşit olmanın bir önemi yoktur. Nitekim mufâvada şirketi Ehl-i Kitaptan (Yahudi ve Hıristiyanlardan) biri ile Mecûsî (ateşe tapan) arasında geçerli olmaktadır. Halbuki Mecûsî, vurularak öldürülen hayvan konusunda tasarrufta bulunmaktadır. Çünkü o bunun mal olduğuna inanmaktadır. Oysa Ehl-i Kitap bunu yapmamaktadır. Aynı

[135] **Zimmî / الذمي**: İslam ülkesi vatandaşı olan gayrimüslim erkek. Gayrimüslim kadına ise "zimmiyye" denir. Kendilerine bu hakkın tanındığı kimselere "ehl-i zimmet" diye isimlendirilir. Çünkü bunlar Müslümanların güvencesi altına girmiş ve bir takım haklara sahip olmuşlardır.

şekilde mufâvada şirketi Hanefî mezhebinde olan bir kişi ile Şâfiî mezhebinden olan bir kişi arasında geçerli olmaktadır. Halbuki Hanefi mezhebinde olan bir kişi kaynatılarak üçte biri gitmiş olan nebiz (şıra) üzerinde tasarrufta bulunabilmektedir. Çünkü o bunun mal olduğuna inanmaktadır. Şâfiî mezhebinde olan birisi de kasten besmele çekilmeksizin kesilen hayvan konusunda tasarrufta bulunmaktadır. Çünkü o da bunun mal olduğuna inanmaktadır. Buna rağmen tasarruf konusundaki bu farklılık aralarında mufâvada şirketi kurmalarına engel oluşturmamaktadır. İşte aynı durum, Müslüman ile zimmî hakkında da söz konusudur.

Ebû Hanîfe ve Muhammed (rh.a.) ise şöyle demektedirler: Mufâvada şirketi, taraflar arasında eşitliğe dayanmaktadır. Müslüman ile zimmî arasında tasarruf ve tasarruf edilecek şey, yani mal konusunda eşitlik bulunmamaktadır. Çünkü şarap ve domuz zimmî hakkında değerli mal olup, satın alma, satma ve şarapta selem yapma gibi tasarruflar onlar açısından caizdir. Halbuki bunlar Müslümana göre mal değildir. Dolayısıyla Müslüman ve zimmî arasında eşitlik bulunmamaktadır. Eşitlik bulunmayınca da mufâvada şirketi kurulamaz. Görmez misin, aralarında eşitlik bulunmaması nedeniyle özgür ve köle arasında mufâvada şirketi geçerli olmamaktadır.

Muhammed (rh.a.) şöyle demiştir: "Ebû Yusuf (rh.a.)'un 'zimmî birisi Müslüman ile mufâvada şirketi kurunca şarap ve domuz konusunda tasarrufta bulunmaz' sözüne şu şekilde cevap veririz: Zimmînin şarap ve domuz üzerindeki tasarrufunu geçerli kılan özellik, yani bunların değerli mal olduğuna inanma, Müslüman ile mufâvada ortaklığı kurmakla ortadan kalkmamaktadır. Bu nedenle zimmînin bu mallar üzerindeki tasarrufunu geçerli saymak koşuldur. Ehl-i Kitap ve ateşe tapan arasındaki mufâvada ortaklığı ise böyle değildir. Çünkü vurularak öldürülmüş bir hayvanı onlar hakkında değerli olarak kabul eden kimse, Ehl-i Kitap ve ateşe tapan arasında ayırım yapmamaktadır. Bu durumda tasarruf konusunda eşitlik gerçekleşmektedir."

Şöyle denilebilir: Eşitlik gerçekleşmemektedir. Çünkü Ehl-i Kitap olan kişi (Müslümanlara ait) hayvanları boğazlamak ve kurban kesme konusunda ücret karşılığı çalışabilir. Oysa ateşe tapan bu işlerde ücret karşılığı çalışamaz. Çünkü onun kestiği hayvan helâl değildir.

Buna şu şekilde cevap veririz: Durum böyle değildir. Aksine onlardan her biri bu işi bizzat veya ortağı aracıyla yerine getirmek üzere işi kabul edebilir. Ateşe tapanın (Mecûsînin) kestiği hayvan helâl olmasa bile, onun hayvan kesme konusunda ücretle çalışması geçerli olup, ücreti hak eder. Hanefi ve Şâfiî mezhebinden olan kişiler arasında ise eşitlik bulunmaktadır. Çünkü kasten besmele çekmeksizin kesilen hayvanın değerli bir mal olmadığına dair delil bulunmaktadır. Bu konuda ne Hanefî ne de Şâfiî mezhebinden olan bir kişinin

tasarrufta bulunması caiz olmaz. Çünkü, bu konudaki delil karşı tarafı susturmaktadır. Dolayısıyla Hanefî ve Şâfiî mezhebine mensup ortaklar arasında mal ve tasarruf konusunda eşitlik gerçekleşmektedir.

Ebû Yusuf (rh.a.)'un, Müslüman ile zimmînin mufâvada şirketi yapmalarını mekruh görmesinin nedeni ise mufâvada şirketinin vekilliği içermesidir. Müslümanın kendisi adına tasarrufta bulunmak üzere zimmîyi vekil ataması mekruhtur. [11/198]

Köle ile özgür, iki köle, köle ile mükâtep, iki mükâtep ve -babaları izin verse bile- iki çocuk arasında mufâvada şirketi caiz değildir.

Mufâvada ortaklığı kuramayacak kişiler kimlerdir?

Çünkü mufâvada akdi kefilliğe dayanmaktadır. Mufâvada ortaklarından her biri diğerinin kefili olmaktadır. Köle, mükâtep ve çocuk kefilliğe ehil değildir. Bundan dolayı bunlar arasında mufâvada caiz olmaz. Çünkü böyle bir ortaklıkta her bir ortak bizzat tasarruf yapma yetkisine sahip değildir. Şöyle ki; köleye efendisi tarafından, çocuğa da velisi tarafından kısıtlama konulmuştur. Mükâtep de kitabet bedelini ödeyemediğinde yeniden köleliğe dönebilir. Mufâvada şirketi ile hedeflenen şey, tasarrufta bulunmak ve kâr elde etmektir. Belirttiğimiz kişilerin hiçbiri bizzat tasarrufta bulunma yetkisine sahip olmadıklarından bunlar arasında mufâvada şirketi kurulması caiz değildir. Bunların kurdukları şirket "inan şirketi" olur. Biz daha önce inan şirketinin hem genel hem de özel olabileceğini belirtmiştik.

İki zimmî mufâvada ortaklığı kursalar; biri Hıristiyan diğeri mecûsî olsa bile bu şirket caizdir.

Çünkü bu kişiler arasında mülk ve tasarruf konusunda eşitlik gerçekleşmektedir. Yine bunların her biri vekâlet ve kefalete ehildir. Dolayısıyla aralarındaki şirket geçerli olur.

Bir Müslüman, mürted (dinden çıkan) birisi ile mufâvada veya inan şirketi kurduğunda Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre bu şirket askıda (mevkuf) olur: Mürted olan kişi bu durumda iken öldürülürse veya harp ülkesine katılırsa şirket geçersiz olur. Müslüman olursa şirket caiz olur.

Mürted ile mufâvada ve inan ortaklığı kurmak

Çünkü Ebû Hanîfe (rh.a.) Ehl-i Kitap ve ateşe tapan'nin temel prensibine göre kişinin dinden dönmesi ile yaptığı tasarruflar askıda kalır. Müslüman olursa geçerli olur. Mürted iken öldürülürse veya harp ülkesine katılırsa tasarrufları geçersiz olur. Şirket de onun tasarruflarına dahildir.

Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.)'e göre ise Müslümanın mürted ile inan şirketi kurması geçerlidir.

Çünkü onlara göre mürtedin dinden çıktıktan sonra harp ülkesine katılmadan önceki tasarrufları geçerlidir.

Öldürülür veya harp ülkesine katılırsa şirket ortadan kalkar.

Çünkü kişi öldürülünce hakikaten, harp ülkesine katılmakla da hükmen ölmüş gibi kabul edilir. Ortaklardan birinin ölmesi şirketi sona erdiren durumlardandır.

Mufâvada şirketine gelince; Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre bununla inanarasında fark yoktur. Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.)'e göre ise şirket aslen geçerli olmakla birlikte, şirketin mufâvada niteliği askıdadır.

Muhammed (rh.a.)'e göre mufâvadanın askıda geçerli olmasının nedeni şudur: Muhammed'e göre mürted, tasarrufları bakımından ölüm hastalığına yakalanmış kişi gibidir. Ölüm hastalığına yakalanan kişinin kefil olması malının üçte birinden geçerli olur. Dolayısıyla mürted de Müslüman olmadıkça mutlak kefilliğe ehil olamaz. Bu nedenle mufâvadanın geçerli duruma gelmesi onun Müslüman olmasına bağlı duruma gelmiştir.

Ebû Yusuf (rh.a.)'a göre mürted ile kurulan mufâvada ortaklığının askıda geçerli olmasının nedeni şudur: Ebû Yusuf'a göre mürted, tasarruf konusunda ölüm hastalığına yakalanmamış sağlam bir kişi gibi olduğundan, kefil olması geçerlidir. Bununla birlikte; kendisinin hayatı, Müslüman olup kurtulmak veya dinden çıkmada ısrar ederek öldürülmek arasında askıda bulunduğundan, bu bakımdan mükâtep konumunda olmaktadır. Bilindiği gibi mükâtep, mufâvada şirketi yapmaya ehil değildir. Bundan dolayı onun yaptığı mufâvada askıda kalır. [11/199]

Müslüman ile mürted kadın arasında yapılan ortaklığın hükmü

Müslüman bir kişi İslam'dan dönmüş bir kadın ile inanveya mufâvada ortaklığı kursa inan şirketi caiz olur. Mufâvada şirketi ise kadın, Müslüman olmadıkça caiz olmaz.

Çünkü mürted olan kadının tasarrufları geçerlidir. Malı da kendisinin mülkiyetinde kalmaya devam eder. Çünkü İslam'dan dönmek ile onun hayatı öldürülmek ile sağ kalmak arasında askıda olmamaktadır. Çünkü dinden dönen kadın öldürülmez. Aynı şekilde onun malı üzerindeki mülkiyeti de askıda olmamaktadır. Ancak bu kadın tıpkı zimmî olan kadın gibi kâfir bir kadındır. Bilindiği gibi Ebû Hanîfe ve Muhammed (rh.a.)'in temel prensibine göre Müslüman bir kadın ile zimmî bir kadın arasında mufâvada şirketi geçerli olmaz. İnan şirketi mekruh olmakla birlikte caiz olur. Mürted olan kadın hakkında da aynı durum söz konusudur.

Ebû Yusuf (rh.a.)'un görüşüne kıyas ile mürted kadın ile yapılan mufâvada şirketi mekruh olmakla birlikte caiz olması gerekir.

Çünkü Ebû Yusuf Müslüman kadın ile zimmî kadın arasında mufâvada şirketini caiz görmektedir. Öyleyse Müslüman kadın ile mürted kadın arasında da caiz olur.

İsa b. Ebân'ın Ebû Yusuf (rh.a.)'tan naklettiğine göre; mürted erkek ile Müslüman erkek arasındaki mufâvada şirketinin askıda bulunması gibi, mürted kadın İslam'dan dönmesi nedeniyle öldürülmese bile onunla Müslüman kadın

arasındaki mufâvada şirketi de askıda kalır. Çünkü o öldürülmese bile köleleştirilebilir. Harp ülkesine katıldığında bu bakımdan hayatı da askıda olmaktadır. Bu nedenle bunlar arasındaki mufâvada şirketi askıda kalır.

Mufâvada ortaklarından her biri, ticaretini yaptıkları kölelerden biri ile mükâtebe akdi yapabilir.

Mufâvada ortaklarının, alım-satımını yaptıkları köleler ile kitabet akdi yapması

Çünkü mufâvada akdi ortağa; vasiyet görevlisi (vasînin) yetim üzerindeki tasarruf hakkından daha geniş tasarruf hakkı vermektedir. Bilindiği gibi vasî mükâtebe akdi yapabilir. Öyleyse mufâvada ortağı öncelikle yapabilir.

Bunu şöyle açıklayabiliriz: Mufâvada ortaklarından birinin ikrarı diğer ortak hakkında da geçerlidir. Oysa vasînin yetim hakkında borç ikrarında bulunması geçerli değildir. Hem sonra kitabet akdi kazanç sağlayan akitlerdendir. Satış akdinden daha yararlıdır. Çünkü satım akdi, mülkü doğrudan satış ile ortadan kaldırdığı durumda, kitabet akdi bedel ödenmeden önce mülkiyeti ortadan kaldırmaz. Mal kazanma konusunda ortaklardan her biri diğerinin yerini almaktadır. Köle üzerinde herhangi bir mülkiyeti olmayan baba ve vasî gibi bir tacir tarafından kitabet akdi yapıldığında geçerli olmaktadır. Öyleyse, kölenin yarısına sahip olan mufâvada ortağı tacirin yaptığı kitabet akdi öncelikle geçerli olur.

Mufâvada ortaklarından her birinin, ticaretini yaptıkları köleler ile kitabet akdi yapma yetkisi olduğuna göre, kölesine ticaret yapma konusunda izin verme hakkı elbette olmaktadır.

Mufâvada ortaklarının, kölelerine ticaret izni vermesi

Çünkü hem kitabet akdi hem de ticaret yapma konusunda izin verme köle üzerinde tasarruf yapma engelini kaldırmaktır. Kitabet akdi bağlayıcı olduğu durumda, köleye ticaret konusunda izin vermek bağlayıcı değildir. Bu nedenle ticaret yapmasına izin verilen köle elinde ticaret malı olarak bulunan kölenin ticaret yapmasına izin verebildiği durumda onunla kitabet akdi yapamaz. Ticarete izin vermek, ticaretle uğraşanların davranışlarından olup bununla mal elde etmek hedeflenir. Bu konuda mufâvada ortaklarından her biri diğer ortağın yerini alabilir.

Ortaklardan hiçbiri, şirkete ait kölelerden hiçbirini bedelli veya bedelsiz olarak özgür kılamaz.

Çünkü özgür kılma bir teberrudur. Bedelsiz olan özgür kılmada bu açıkça görülmektedir. Bedelli özgür kılmada da durum böyledir. Çünkü bedelli özgür kılmada köle üzerindeki mülkiyet derhal kalkar. Daha sonra ödenecek olan bedel ise; ödeyip ödeyemeyeceği belli olmayan, herhangi bir mala sahip olmayan bir zimmette bulunmaktadır. Bu bakımdan bedelli özgür kılma, kazanç sağlayan akitlerden değildir. Dolayısıyla mufâvada ortağı, diğer ortağın payında bunu yapma yetkisine sahip değildir.

Aynı şekilde ortaklarlardan hiçbiri şirkete ait kölelerden hiçbirini evlendiremez.

Köleyi evlendirmede herhangi bir gelir elde etme yoktur. Aksine köle, karısının mehr ve nafakasını borçlanacağı için onun mülkiyetinde (rakabesinde) bir kusur meydana gelmektedir. Dolayısıyla diğer ortağın izni olmadan mufâvada ortağı onun payında bu tasarrufta bulunamaz.

Ortakların cariyeyi evlendirme yetkisi ise vardır.

[11/200] Çünkü cariyeyi evlendirmek kazanç getiren akitlerdendir. Çünkü bununla cariyenin mehri elde edilir. Nafakasını karşılama sorumluluğu efendiden kocaya geçer. Bu nedenle çocuğun babası çocuğun cariyesini ve vasiyet görevlisi (vasî) de yetimin cariyesini evlendirme yetkisine sahiptir. Ancak köleyi evlendirme yetkisine sahip değildirler.

İnan şirketi ortakları şirkete ait kölelerle mükâtebe akdi yapamazlar.

Çünkü onların her biri ticaret konusunda diğer ortağın vekilidir. Kitabet akdi[136] ise ticarî işlerden ve tâcirlerin arasında uygulanagelen âdetlerden değildir. Kitabet akdi bu tür faaliyetlerden değildir.

Aynı şekilde Ebû Hanîfe ve Muhammed (rh.a.)'e göre inanortaklarından hiçbiri şirkete ait cariyeyi evlendiremez. Ebû Yusuf (rh.a)'a göre ortaklar bunu yapabilir.

Biz bu meseleyi "Nikah Kitabı"nda açıkladık.

İki mufâvada ortağının ticaret yapmasına izin verdikleri bir kölesi olsa ve ortaklardan birisi şirket malından bu köleye borç olarak verse kendisine bu borç vermeden ötürü herhangi bir sorumluluk yüklenmez.

Çünkü ortaklardan birinin borç verme konusundaki tasarrufu her iki ortak tarafından gerçekleştirilmiş olarak kabul edilir. Ayrıca kölenin ekonomik değeri şirkete ait olduğu gibi, ortakların her ikisinin veya birinin köleye verdiği borç da şirkete aittir. Dolayısıyla bu borç verme nedeni ile borç veren ortağa herhangi bir sorumluluk yüklemede bir yarar bulunmamaktadır. Hukukî bir etkisi olmayan şey dikkate alınmaz.

Aynı şekilde satma ve satın alma üzerine yapılan inan şirketinde de durum böyledir.

Çünkü ortaklar peşin ve veresiye olarak alıp satma konusunda birbirinin vekilidir. Borç verme de veresiye bir satış olduğundan, köleye verilen borcu onun

---

[136] **Kitâbet/الكتابة (Mükâtebe / المكاتبة)**: Efendisi ile kölesi arasında bir bedel üzerinden köleliğin sona erdirilmesi amacıyla yapılan akittir. Bu akit gereği üstlendiği bedeli ödediği anda köle hürriyetine kavuşur. Köle bu akdin gerçekleştiği andan itibaren tasarruf hürriyetine ve mal edinme hakkına sahip olur ve bu sayede kendi adına çalışır, kitâbet bedelini ödeyince de azad olur. Böyle bir akit yapan köleye "mükâteb" bu anlaşmaya "mükâtebe" veya "kitâbet", üzerinde anlaşılan ücrete de "kitâbet bedeli" denir.

iktisadî değerine bağlı olarak borç veren ortağa yüklemekte bir yarar yoktur. Çünkü kölenin bedeli de şirkete aittir.

İki kişi, ticaretini yapmadıkları bir köle üzerinde ortak olsa ve bu kölenin ticaret yapmasına da izin verseler, daha sonra ortaklardan her biri bu köleye borç verdiğinde her birinin verdiği borcun yarısı diğerinin payı üzerinde gerekli olur.

Çünkü taraflardan her biri diğerinin köledeki payı bakımından yabancı konumundadır. Bu nedenle diğer ortağın payında tasarrufta bulunma yetkisine sahip değildir. Bu durumda taraflardan her birinin köleye verdiği borcun yarısı kendi mülkiyetinde olmaktadır. Efendi kendi kölesi üzerinde alacağa hak kazanamaz. Borcun diğer yarısı da diğer ortağın mülkündedir. Burada borç veren alacağa hak kazanır. Çünkü bunun bir yararı bulunmaktadır. Çünkü borç veren kişi kölenin diğer yarısında yabancı bir kişi konumundadır. Kölenin paylarından her bir yarım, bağımsız bir köle gibi kabul edilir. Kendi kölesi ile birlikte başkasının kölesine borç veren bir kişinin kendi kölesi üzerindeki değil, sadece diğer köle üzerindeki alacağı sabit olur.

Ticaret yapmasına izin verilen köle mufâvada ortaklarına ait olup, ortaklardan birisi kendisine miras olarak kalan bir kumaşı bu köleye satsa, bu alacağın yarısı diğer ortağın payında gerekli olur.

Çünkü burada verilen borç şirkete ait bir mal değildir. Şirkete ait olmayan mallarda ortaklar birbirine karşı yabancı konumundadırlar.

Köle mufâvada ortaklarından birisine miras olarak geçmişse, diğer ortak onun alım satım yapmasına izin verdiğinde bu geçerli olmaz.

Çünkü bu köle şirket malı değildir. Dolayısıyla diğer ortağın köleye ticaret konusunda izin vermesi yabancı bir kişinin izin vermesi gibidir.

Bir kimse, sadece kendisine ait olan kölesinin ticaret yapmasına izin verir. Sonra da onun mufâvada ortağı bu köleye kendisine miras olarak geçmiş olan özel mülkünden borç verirse, yabancı bir ortağın köleye borç vermesi durumunda olduğu gibi bu, diğer ortağı bağlar.

Çünkü diğer ortağın köleye borç olarak verdiği şey şirkete ait bir mal değildir.

Mufâvada ortakları bu köleye şirket malından borç verirlerse bu borcun yarısı köle sahibine gerekli olur.

Çünkü ortaklardan birinin ticaret malını borç olarak vermesi, her iki ortak tarafından gerçekleştirilmiş bir tasarruf olarak değerlendirilir.

Köle, kendisine izin veren ortağın payını ödemekle yükümlü olmaz.

Çünkü köle izin veren ortağa aittir. Efendi, köle üzerinde alacak hakkına sahip olamaz.

Kölenin sahibi, diğer ortağın payını ödemekle yükümlü olur.

Çünkü kölenin değerine sahip olma açısından diğer ortak yabancı konumundadır.

Mufâvada ortaklarının üçüncü kişilerle kira ve hizmet sözleşmesi yapması

Mufâvada ortaklarından birisi şirkete ait bir işle ilgili bir kişiyi ücret karşılığı çalıştırsa etse veya bir binek hayvanı vb. bir şey kiralasa; ücret karşılığı çalışan kişi veya malını kiraya veren kişi ortaklardan dilediğinden ücret veya kira bedelini isteyebilir.

Çünkü kira ve hizmet akdi ticâretle ilgili akitlerdendir. Mufâvada ortaklarından her biri diğerinin ticaret nedeni ile yüklendiği borçtan sorumludur.

[11/201]

Aynı şekilde ortaklardan biri kendi ihtiyacı için bir şey kiraladığında veya Hac yapmak için Mekke'ye gitmek üzere bir deve kiralayıp bununla hac yaptığında devesini kiraya veren kişi dilediği ortaktan ücreti talep edebilir. Dilerse akdin sorumluluğunu yüklenmesi nedeniyle kiralayan ortaktan ister. Dilerse diğer ortak buna kefil olduğu için ondan ister. Ancak diğer ortak ücreti yalnızca kendisine ait olan bir maldan ödediğinde, bunu ortağından alır.

Çünkü kefil olduğu şeyi kefil olduğu kişinin emri ile ödemiştir.

Kira akdini yapmamış olan ortak ücreti şirkete ait maldan öderse ödediği maldaki kendi payı olan yarımı kiralayandan geri alır.

İnan şirketinde kira bedeli yalnızca kiralayan ortaktan istenilebilir.

Çünkü akdin sorumluluğunu üstlenen odur. Diğer ortak onun kefili değildir. Çünkü inan şirketi kefilliği içermemektedir.

Kira akdini yapan kişi ücreti şirket malından ödemişse, kiralamayı yalnızca kendisi için yapmış olması durumunda ortağı, ödenen ücretin yarısını kiralayandan alır. Şirkete ait bir ticarî iş dolayısıyla kiralamış ve ücreti de kendisine ait maldan ödemişse bunun yarısını ortağından alır.

Çünkü bu kiralamada o ortağının vekilidir. Ücreti de kendisine ait maldan ödemiştir.

Eğer iki taraf arasındaki ortaklık özel bir şey üzerinde olan mülk şirketi ise ödediğinden herhangi bir şeyi ortağından geri alamaz.

Çünkü bu kiralamada o ortağının kefili değildir.

Mufâvada ortaklarından herhangi birisi şirkete ait bir köleyi ücret karşılığı başkasının işinde çalıştırırsa, ücreti diğer ortak alabilir.

Çünkü ortaklardan her biri ticaret nedeni ile olan alacaklar konusunda birbirinin yerini alırlar. Onlardan birinin bu konudaki fiili ikisi tarafından gerçekleştirilmiş sayılır.

Köleyi ücret karşılığında çalıştıran kişi de kölenin kendisine teslim edilmesini akdi yapmamış olan ortaktan talep edebilir.

Çünkü diğer ortak kölenin teslim edilmesine kefil olmuştur. Bilindiği gibi ticaret nedeni ile ortaklardan birine gerekli olan bir borç diğer ortağı da bağlar.

Mufâvada ortaklarından biri, miras olarak geçmiş, mülkiyeti yalnızca kendisine ait olan bir köleyi ücret karşılığı başkasının işinde çalıştırdığında diğer ortak, kiralayan kişiden ücreti isteyemez.

Çünkü bu, şirkete ait olmayan bir şeyin bedelidir. Görmez misin, bu kölenin sahibi onu satmış olsaydı, ortağı bedeli satın alandan isteme hakkına sahip olmazdı. Yarar mal ile aynı hükme sahiptir.

Bu durumda köleyi ücretle tutan kişi, diğer ortaktan köleyi teslim etmesini isteyemez.

Çünkü -daha önce açıkladığımız üzere- şirkete ait olmayan bir konuda, ortaklar birbirine karşı yabancı konumundadırlar.

Bu kiralama sonucunda köle sahibine ücret olarak dinar ve dirhem türünden para ödenmiş olsa bile, para köle sahibi tarafından teslim alınmadıkça mufâvada şirketi bozulmaz.

Çünkü teslim alma olmadıkça ortaklardan birisi yalnızca üçüncü kişinin zimmetinde bulunan alacak konusunda diğerinden daha önde olmaktadır. Zimmetteki alacak ise şirket sermayesi olmaya elverişli değildir.

Köle sahibi ücreti teslim aldığında, ortağı ile arasındaki mufâvada akdi bozulur.

Çünkü bunları teslim almakla o, şirket sermayesi olmaya elverişli bir mala tek başına sahip olmuştur. Bu ise taraflar arasındaki eşitliği ortadan kaldırmaktadır.

Aynı şekilde mufâvada ortaklarının yalnızca kendilerine ait olup da sattıkları bir şeyin bedelini diğer ortağın isteme hakkı yoktur. Bunun bedeli teslim alınmadıkça mufâvada akdi bozulmaz. Bedel para cinsinden olup teslim alınırsa, belirttiğimiz gerekçeye göre mufâvada şirketi bozulur.

Mufâvada şirketinde ortaklardan her biri şirket malının bir kısmını ortaya koyarak başka bir kişi ile inanortaklığı yapabilir. Böyle bir ortaklık yapılması durumunda bu, hem yapan kişi hem de -izin vermiş olsun veya olmasın- diğer mufâvada ortağı hakkında geçerli olur.

Mufâvada ortaklarından biri diğer ortağın izni ile üçüncü bir kişiyle mufâvada şirketi yapsa, bu tasarruf her iki ortak tarafından yapılmış gibi kabul edilerek, şirket iki ortak hakkında da geçerli olur. Eğer diğer ortak izin vermezse üçüncü kişiyle yapılan ortaklık mufâvada değil, inan şirketi olur.

[11/202] Biz bu mesele ile ilgili farklı rivâyetleri daha önce belirtmiştik. Bu konuda mufâvada ortaklarından birinin ortaklık yaptığı kişinin onun babası, oğlu veya yabancı birisi olması aynıdır. Çünkü şirketin hükmü birdir. Şirkette akrabalıktan dolayı bir töhmet söz konusu olmaz.

Hasen b. Ziyâd'ın Ebû Hanîfe (rh.a.)'den naklettiğine göre, inan şirketindeki ortaklardan birisi başka bir kişiyle mufâvada ortaklığı yaptığında, bunu diğer ortağın yanında yapmışsa mufâvada akdi geçerli olur. Önceki inanortaklığı ise geçersiz duruma gelir. Eğer inan ortağının bulunmadığı bir yerde yapmışsa mufâvada şirketi geçerli olmaz. Çünkü inan ortağının başka bir kişiyle mufâvada ortaklığı yapması, ilk kişiyle yaptığı inanortaklığını bozmaktadır. Çünkü mufâvada ortakları arasında eşitlik ancak inan şirketinin bozulması ile gerçekleşmektedir. Ortaklardan birinin, diğer ortağın bulunduğu ortamda şirketi bozması geçerlidir. Onun bulunmadığı bir ortamda bozması ise geçersizdir.

Mufâvada ve inan şirketlerinde ortakların çalışarak elde ettikleri ücretin hükmü

Mufâvada şirketinde ortaklardan biri; bir malı korumak, bir kumaşı dikmek veya belli bir işi yapmak üzere ücret karşılığı çalışır ve bu yolla bir kazanç elde ederse, bu kazanç diğer kişiyle aralarında ortak olur.

Çünkü bu kişi işi kabul etmesi nedeniyle ücrete hak kazanmaktadır. İşi kabul etmek diğer ortak namına da geçerli olur. Bu işi yapmakla elde ettiği kazanç da ortaklar arasında eşit olur. Onlardan birinin bu konudaki tasarrufu, her ikisi tarafından gerçekleştirilmiş olarak kabul edilir.

Ancak bir hizmeti yapmak üzere ücretle çalıştırılması bundan farklıdır.

Çünkü bu durumda bedel, kişinin kendisini tamamen işe vermesiyle elde edilmektedir. Kişinin kendisi ise şirket malı değildir. Bu, ortaklardan birinin kendisine miras olarak geçen köleyi ücret karşılığında başkasının işinde çalıştırmasına benzemektedir.

İnan şirketinde ise bir ortak, şirket faaliyetlerinden olmayan bir işi kabul etmesi nedeniyle ücret elde ettiğinde bu yalnızca kendisine ait olur.

Çünkü o, şirket malı üzerinde tasarrufta bulunma konusunda ortağının vekilidir. Oysa bu işi kabul etmekle, şirkete ait bir malda tasarrufta bulunmuş olmamaktadır. Bundan dolayı bu konuda onun ortağı yabancı bir kişi konumunda bulunmaktadır.

Şirket borcu veya kişisel borç nedeniyle şirket malının rehin verilmesi

Mufâvada şirketinde her bir ortak, şirketin borcu nedeniyle veya mehir vb. gibi yalnızca kendisine ait bir borç nedeniyle, diğer ortağın izni olmaksızın şirkete ait bir köleyi rehin olarak verebilir.

Çünkü rehin vermenin amacı borcu ödemektir. Şöyle ki; rehin, rehin alan kişinin alacağını tahsil etme konusunda yetkiye sahip olmasını gerektirir. Mufâvada ortağı bu borcu şirket malından ödeyebileceği gibi, bu borç karşılığında şirket malını rehin olarak da verebilir.

Bu durumda rehin telef olur ve rehin alan kişi borcunu tahsil ederse bakılır; eğer borç şirkete ait bir borçsa rehin veren ortağın ödemesi gerekmez. Eğer borç yalnızca kendisine ait ise rehin verilen şeyin yarısını diğer ortağa öder.

Çünkü rehin veren kişi ortak maldan kendi borcunu ödemiştir.

Rehnin değeri borçtan fazla ise bu fazlalığı ödemesi gerekli olmaz.

Çünkü rehnin borcu aşan miktarı rehin alan elinde emanettir. Bilindiği gibi mufâvada ortakları şirket malını emanet olarak bırakabilirler. Ayrıca baba çocuğun borcu karşılığında borç miktarını aşan bir şeyi rehin olarak verse, bu mal telef olduğunda, borcu aşan kısmı ödemez. Mufâvada ortağı için de aynı durum söz konusudur.

Şirket borcu karşılığında ortağın kendi malını rehin vermesi

Ortaklardan biri, şirkete ait bir borç karşılığında kendisine ait, değeri borç miktarına denk bir köleyi rehin olarak verir ve bu köle de telef olursa, diğer ortaktan kölenin değerinin yarısını alır.

Çünkü bu kişi, mufâvada şirketine ait bir borcu kendi malından ödemiştir. O, ortağının payında vekildir. Dolayısıyla onun borcu karşılığında ödediği kendisine ait malı geri alır.

Şirket alacağına karşılık rehin almak

Mufâvada ortaklarının bir kişide alacağı olur da ortaklardan birisi bunun karşılığında rehin alırsa bu caiz olur. (Alacağı doğuran) satışı kendisi ya da ortağı yapmış olsun durum aynıdır.

Çünkü ticaret nedeni ile olan bir alacağı tahsil etme konusunda ortaklardan her biri diğerinin yerini alır. Borca karşılık rehin almada da aynı durum söz konusudur.

[11/203]

İnan şirketinde ise ortaklar, kişisel borçlarını şirket malından ödeyemezler. Yine –diğer ortağın rızası olmadıkça- kişisel borçları karşılığında şirket malını rehin olarak veremezler.

Çünkü ortakların her biri şirket malını kendi ihtiyacına harcamada değil, bu malda ticaret yapma konusunda diğer ortağın vekilidir.

İnan şirketinde ortaklar, bir kişide olan şirket alacağına karşılık ondan rehin alamazlar. Ancak satışı yapan ortağın rehin alması veya akdi yapan ortağın emri ile diğerinin alması caizdir.

Bu hüküm rehin almayı borcu tahsil etmeye kıyas ederek verilmiştir.

İnan ortağı, diğer ortağın izni olmadan onun yaptığı bir tasarruftan doğan alacağı isteyemez. Rehin alma da böyledir. Çünkü alacağı tahsil etme, akdin hukukundandır. Bu nedenle vekil olsun mal sahibi olsun akdi yapan kişiye ait olur.

İnan şirketinde ortakların birlikte yaptıkları bir tasarruftan doğan alacak için, ortaklardan biri rehin alamaz.

Çünkü bir ortak diğer ortağın yaptığı akitten doğan alacağı tahsil etmeye yetkili değildir. Aynı şekilde bunun için rehin de alamaz. Eğer kendi payı için rehin alması caiz olsaydı bu şayi' (hisseli) bir rehin olurdu. Oysa şayi' (hisseli) olma rehnin geçerliliğine engel olmaktadır.

Bununla birlikte ortak rehin alır da bu rehin telef olursa, rehnin değeri alacağa denk ise alacağın yarısı düşer. Rehin alan ortak ortağının payını kendi malından öder.

Çünkü fâsit (bozuk) rehin, hüküm bakımından caiz olan rehne kıyas edilir. Geçerli olan rehin hükmü ile teslim alınan bir mal, borç miktarı ödemeye tabi olduğu gibi fasit (bozuk) rehin hükmü ile teslim alınan mal da böyledir.

İsa b. Eban (rh.a) bu meseleyi yanlış bularak şöyle demiştir: "Doğru olan; alacağın yarısının ortadan kalkması ve bunun dışında başka bir şeyin ödenmemesidir. Çünkü inan ortağı diğer ortağın payı bakımından yabancı bir kişi gibidir. Rehin ödemesi, alacağı tahsil etme yetkisine dayanır. Ortaklardan birinin, diğerinin alacağını tahsil etme yetkisi olmadığından onun payını ödeme de söz konusu olmaz. Bu şuna benzer: Bir kimsenin diğer bir kişideki alacağına karşılık; güvenilir el olarak üçüncü kişi rehin alsa, alacaklı olan da bunu onaylarsa ödemekle yükümlü olur. Alacaklı olan bunu onaylamazsa kendisine bir şey gerekmez. Alacak sahibi henüz onaylamadan rehin üçüncü kişinin elinde telef olsa, rehni elinde bulunduran ödemekle yükümlü olmaz."

Muhammed (rh.a)'in *"el-Asl"* da andığı hüküm daha doğrudur. Çünkü bizim meselemizde ortak, alacağı tahsil etmek üzere rehni teslim almıştır. Diğer ortak, rehnin ona teslim edilmesine ancak bu açıdan razı olur.

Yed-i emin (güvenilir kimse) meselesinde ise; alacaklının haberdar edilmemesi ve rehnin bu durumda iken telef olması durumunda alacaklıya ödeme gerekmez (yani onun alacağı devam eder). Kendisine haber verilmesi durumunda da rehin veren, üçüncü kişinin rehni teslim almasına –borcun rehinden ödenmesi söz konusu olmaksızın- razı olmuştur. Rehni elinde bulunduran işte bu nedenle ödemekle yükümlü olmaz.

Daha sonra diğer ortak alacaktaki kendi payını borçludan isteyebilir.

Çünkü rehnin telef olması ile onun alacaktaki payı tahsil edilmiş olmamaktadır.

Mufâvada şirketinde ortakların ikrarda bulunması

Mufâvada şirketinde her bir ortağın, şirkete ait borcu ödeme ve alacağı tahsil etme konusundaki ikrarı geçerli olduğu gibi rehin verme ve alma konusundaki ikrarı da geçerlidir.

Çünkü ortaklardan her biri bu konuda diğerinin yerini alabilmektedir. Bir tasarrufu doğrudan yapma yetkisine sahip olan kişi onu ikrar etme yetkisine de sahiptir.

Ortaklardan biri, tasarruf gerçekleştikten veya diğer ortağın ölümünden sonra bunu ikrar ederse ikrar diğer ortak hakkında geçerli olmaz.

Çünkü aralarındaki şirket ortadan kalkmıştır. Bir ortağın ikrar konusunda diğer ortak yerine geçmesi, şirket hükmüne bağlı bir hüküm idi, şirket ortadan kalktıktan sonra bu hüküm devam etmez. [11/204]

İnan şirketinde ortak, şirkete ait bir tasarrufla ilgili olarak rehin aldığını ikrar ederse bu ikrar geçerli olur.

İnan şirketinde ortağın ikrarda bulunması

Çünkü nedenini gerçekleştirdiği bir tasarrufta alacağı tahsil etme hakkı kendisine aittir. Kendi ve ortağının payında alacağı tahsil ettiğini ikrar etmesi geçerli olduğu gibi rehin aldığı yolundaki ikrarı da geçerli olur.

İnan şirketinde ortaklardan biri diğerinin yaptığı bir tasarrufta alacağı tahsil ettiğini ikrar etse bu ikrar istihsanen kendi payı için geçerli olur, ortağının payında geçerli olmaz.

Çünkü alıcı malın bedelini vekil edene verdiğinde onun bu bedeli teslim alması istihsanen geçerlidir. Aynı şekilde ortağın, alacağı gerçekten tahsil ettiğini veya rehin almak yolu ile tahsil ettiğini ikrar etmesi, diğer ortağın payında değil kendi payında geçerlidir.

Mufâvada şirketinde ortaklardan biri, bir malı gasp veya telef ettiğinde, bir binek hayvanını bağladığında veya bir kumaşı yaktığında bu malların sahibi malını ortaklardan dilediğine ödettirebilir.

Şirkette ortakların haksız fiillerinin sorumluluğu

Biz bunu daha önce açıklamıştık. Ancak ödemenin bedeli yalnızca bu fiilleri yapan kişinin hesabına ait olur.

Diğer ortak ödeme bedelini şirket malından öderse, ödemeyi doğuran fiili işleyen ortaktan bunun yarısını alır.

Çünkü ortaklar, bu fiil konusunda birbirinin yerini alamadıkları gibi, bu fiilin yapılmasına diğer ortak izin vermiş de değildir. Bilindiği gibi gasp ticarî işlerden değildir. Gasbedilen şey üzerinde mülkiyetin gerçekleşmesi ile ödeme sorumluluğunun koşulu sabit olur. Buradaki sorumluluk, fiilden doğan ödeme sorumluluğu olduğundan sadece fiili gerçekleştirene ait olur. Bir başka kişi bu ödeme bedelini fiili yapan kişi adına kefillik hükmüne dayanarak ödese ödediğini geri alır. Fasit (bozuk) satış ise böyle değildir. Çünkü fâsit satışta söz konusu olan ödeme yükümlülüğü, akit nedeni ile gerekli olan bir ödemedir. Fâsit akit caiz olan akde kıyas edilir. Geçerli bir akitte ticaret yolu ile meydana gelen bir borç nasıl ki iki ortağa ait olup, ortaklardan biri bunu şirket malı ile ödediğinde diğeri ondan herhangi bir şey tahsil edemiyorsa, fasit satış yolu ile olan borçta da aynı durum söz konusudur.

Mufâvada şirketinde ortakların birinde emanet bir mal olsa ve o da bu malla ticaret yaparak kâr elde etse veya mudarebe yolu ile bir başkasından sermaye almış olup mudarebe akdine aykırı hareket etmek suretiyle kâr elde etse, elde edilen kâr her iki ortağa ait olur.

Çünkü kâr ticaret yolu ile meydana gelmiştir. Ticâri işlerde ortaklardan birinin fiili, her iki ortak tarafından gerçekleştirilmiş gibi kabul edilir. Gasp ve telef etme nedeni ile olan ödemede olduğu gibi bu meselede de ortaklar arasındaki kefilliğe bağlı olarak emanet malı ve mudarebe malının sahibi ortaklardan dilediğine ödettirebilir.

İnan ortağı bir şey gasp veya telef ettiğinde ortağı bundan sorumlu tutulmaz.

Çünkü ortağı onun kefili değildir.

İnan şirketinde ortaklardan biri fasit (bozuk) bir akitle bir şey satın alsa ve aldığı mal elinde telef olduktan sonra onun değerini ödese, diğer ortaktan bunun yarısını alır.

Çünkü o, satın alma konusunda diğer ortağın vekilidir. Geçerli veya fasit bir satış nedeni ile vekil bir borç ödemek durumunda kalırsa ödediğini diğer ortaktan (vekil edenden) geri alma hakkına sahip olur. Çünkü vekil onun emri ile onun adına çalışmaktadır. Mutlak olarak yapılan vekillik akdi hem caiz olan hem de geçersiz olan tasarrufları içerir.

Mufâvada şirketinde ortaklardan birinin üçüncü bir kişinin mehir veya diyeti gerektiren bir suçtan olan erş (diyet) borcuna kefil olması başka bir borca kefil olması gibidir. Bu borç diğer ortaktan istenemez. Bu, Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.)'e göredir. Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre ise bu borç diğer ortaktan da istenilebilir.

Çünkü mufâvada ortağının ödemesi gerekli olan borç, nikah veya diyeti gerektiren suç nedeni ile değil, kefillik nedeni ile gerekli olmuştur. Erş ve mehir borcu onlar açısından diğer borçlar gibidir. Ancak mufâvada ortaklarından herhangi birinin kendi mehir ve erş borcu ise böyle değildir. Çünkü bu borçlar nikah ve suç nedeni ile gerekli olmuşlardır. Ortak bu nedenle olan borcu yüklenmez. Bu nedenle ortaklardan hiçbirisi diğer ortağın hanımının nafakası, mut'ası[137], hâkimin akrabaları lehine hükmettiği nafakasından sorumlu tutulamaz. Çünkü bunların ödenmesinin gerekli olması şirket yapmaya elverişli olmayan bir nedenle meydana gelmiştir. Halbuki mufâvada şirketinde ortaklar, ortaklığa elverişli şeylerden gerekli olan borcu ödeme konusunda birbirinin kefilidir.

[11/205]

[137] **Müt'a / المتعة;** Mehir belirlenmeden nikahlanan bir kadının zifaftan ve halvetten önce boşanması durumunda, boşayan kocanın vereceği bir takım elbise ve baş örtüsüne denilir.

Mufâvada şirketinde ortakların kendi yakınları lehine borç ikrarında bulunması

Mufâvada şirketinde ortaklardan biri mehir dışında; satın alma, borç vb. nedenlerle kendi hanımına borçlandığını ikrar etse, bunların hiçbirisi diğer ortak hakkında bağlayıcı olmaz. Bu Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göredir. Borç yalnızca ikrarda bulunanı bağlar.

Aynı şekilde Ebû Hanîfe (rh.a)'ye göre kişinin; hakkında tanıklık yapması caiz olmayan babası, çocukları, köleleri ve mükâtebi gibi kimseler lehine yaptığı ikrar da yalnızca kendisini bağlar.

Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.)'e göre ise kişinin, -kölesi ve mükâtebi dışında- söz konusu kişiler lehine borç ikrarında bulunması her iki ortak hakkında da geçerli olur.

Bu meselenin temeli şuraya dayanmaktadır: Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre satışa vekil olan kişi mutlak vekillik akdine dayanarak malı bu kişilerden hiçbirine satamaz. Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.)'e göre ise -köle ve mükâtebi dışında- bu kişilera malı satması caizdir. Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a)'e göre bu kişilerin her birinin mülkü birbirinden bağımsızdır. Dolayısıyla ortaklardan her biri; hak sahibinin izin vermesi durumunda başkasının mülkünde ortağı lehine bir hakkı gerekli kılma yetkisine sahiptir. Bu konuda aradaki akrabalık bağı nedeniyle suçlanmaz. Ancak köle bundan ayrıdır. Çünkü kölenin kazancı efendinin mülküdür. Yine efendinin mükâtebin mülkünde kazanç hakkı vardır. Bu nedenle hem kendisi hem de mükâtebi ve kölesi zan altındadır. Tanıklık meselesi de bundan farklıdır. Çünkü tanıklıkta hak sahibi tarafından izin edilmesi yoktur. Vekil atama meselesinde durum böyle olduğu gibi, ikrarda da aynı şey söz konusudur. Şu da söylenebilir: Mufâvada ortaklarından her biri diğer ortağın malında onun iziniyle lehine ikrarda bulunduğu kişiye bir hakkı gerekli kılmaktadır. Bu konuda kişinin karısı ve babası yabancı bir kişi gibidir.

Ebû Hanîfe (rh.a) ise şöyle demektedir: "Kişi bu derecedeki yakınları hakkında tanıklık yaptığında bu tanıklık hüküm doğurmamaktadır. Demek ki kişi bu yakınları konusunda suçlama altındadır. Kişi, bir malda ancak emanet niteliğiyle kendisine izin verildiğinde, başkasına hakkı gerekli kılmaya yetkilidir. İnsanın, köle ve mükâtebine meyletmesi suçlaması bulunduğu gibi belirtilen yakınlarına da meyletme suçlaması bulunduğundan bunlar hakkında hak teklifinde bulunma yetkisine sahip değildir. Ancak töhmet, ikrarın diğer ortak hakkında geçerli olmasını engeller. İkrarı yapan hakkında bu töhmetin bir etkisi olmaz. Bu nedenle borç yalnızca ikrar yapana ait olur.

Aynı görüş ayrılığı, kişinin kendisinden bâin (kesin) talakla ayrılmış olup bekleme süresi (iddet) bekleyen karısı lehine borç ikrarında bulunduğunda da söz konusu olur.

Hasen b. Ziyâd'ın Ebû Hanîfe (rh.a.)'den rivâyet ettiğine göre, kişinin bu durumda karısı lehine yaptığı ikrar diğer ortağı da bağlar.

Bu meselenin temeli tanıklık konusu ile ilgilidir. Hasen'in rivâyetine göre kişi bâin talakla ayrılmış ve iddet bekleyen karısı lehine tanıklık yaptığında, bu tanıklık kabul edilir. Çünkü tıpkı iddetin bitmesinden sonra olduğu gibi burada da töhmetin bulunmasını gerektiren neden, yani nikah bağı ortadan kalkmıştır. *Zahirü'r-rivaye*'ye göre ise bu tanıklık kabul edilmez. Çünkü iddet nikahın haklarından olduğu için, iddetin devam etmesi nikahın devam etmesi gibidir.

Görmez misin, boşanan kadının kız kardeşiyle veya onun dışında dört kadınla evlenme hususunda bu iddet nikah gibi kabul edilmektedir.

Yine kadının nafaka ve barınma hakkı, iddet içinde kocanın boşamasının geçerli olması gibi konularda da nikah devam etmektedir.

Aynı şekilde kocanın karısı lehine tanıklık yapamaması ve karısı lehine yaptığı ikrarın diğer ortağı bağlamaması konularında da nikah devam etmekte kabul edilir.

Eşler arasında fâsit (bozuk) bir nikah yapılmış ve zifaf gerçekleşmişse; kocanın kadın lehine yaptığı mehir ikrarı diğer ortağı bağlamaz.

Çünkü nikah fasit olsun geçerli olsun, mehrin gerekli olması ortaklığa elverişli olmayan bir nedenle, yani nikahla meydana gelmiştir.

[11/206]

(Mufâvada ortağı olan) Koca (fasit nikahla evlendiği karısı lehine) mehir dışında bir borç ikrarında bulunursa bu borç her iki ortağı bağlar.

Çünkü bu iddet, nikah haklarından değildir. Aksine bu iddet erkeğin menisinin kadının rahminde bulunması nedeniyle gerekli olan bir iddettir. Görmez misin, kadın bu iddet itibarıyla nafaka ve bakınma hakkı elde edemez. Kocanın bu iddet içindeki boşaması da geçerli olmaz.

Aynı şekilde kişi, kendisinden çocuk doğuran cariyesini (ümmü veledini) özgür kılıp daha sonra onun lehine borç ikrarında bulunsa, kadın iddet içinde olsa bile bu ikrar her iki ortağı bağlar.

Çünkü bu iddet nikah haklarından değildir. Görmez misin, kadın bu iddeti öne sürerek nafaka ve barınma hakkı elde edemez. Yine nikah iddetinin aksine bu iddet sırasında kadının evden çıkmasına ve pazara gitmesine engel olunmaz. Kocanın bu iddet sırasında boşaması da geçerli olmaz. Cariyenin sahibi, nikah iddetinin aksine bu iddet sırasında iddet bekleyen kadın dışında dört kadın ile evlenebilir. İşte bu nedenlerle lehine tanıklık ve ikrar yapılması konusunda bu kadın, yabancı bir kadın gibidir. Bundan dolayı ikrar edilen şey her iki ortağı da bağlar.

Tanıklığa kıyasla, mufâvada ortaklarından her birinin karısının annesi ve karısının başka kocadan olma çocuğu lehine ikrarda bulunması caizdir.

Mufâvada şirketinde ortak olan kadının, kocası lehine tanıklığı geçerli olmadığı gibi, onun lehine borç ikrarında bulunması da ortağı hakkında geçerli olmaz.

Bu kadının, kocasının ana babası lehine ve başka kadından olma çocuğu lehine borç ikrarında bulunması durumunda ikrar hem kendisi hem de ortağı hakkında geçerli olur. Görmez misin bunlar hakkında tanıklığı de geçerlidir.

Mufâvada şirketinde ortaklarından biri, şirkete ait bir köleyi özgür kıldığında bu konuda mufâvada ortaklığı dışında kimin sözü esas alınıyorsa mufâvada şirketinde de aynı durum söz konusu olur.

Çünkü özgür kılma fiili mufâvada şirketinin gerektirdiği hususlardan değildir. Biz "özgür kılma" bahsinde iki ortaktan birinin ortak köleyi özgür kılmasının hükmünü açıklamıştık.

Mufâvada şirketinde ortaklar ayrıldıktan sonra onlardan birisi 'ben bu köle ile, ortaklık zamanında mükâtebe yapmıştım' dese, sözü kabul edilmez.

Çünkü o, şu an gerçekleştirme yetkisine sahip olmadığı bir şeyi ortağı aleyhine ikrar etmektedir. İkrarda bulunan kişinin ikrarının başkası hakkında geçerli olması, ikrar ettiği şeyi gerçekleştirme yetkisine sahip olmasına bağlıdır.

Ancak bu ikrar kendi payı üzerinde geçerli olur.

Bu ikrar, köle ile mükâtebe anlaşmasını ikrar anında gerçekleştirmek gibi olur.

Diğer ortak "bildiğim kadarıyla ..." şeklinde yemin ettikten sonra kendisinden zararı uzaklaştırmak maksadıyla bunu reddedemez.

Çünkü o, ortağı aleyhine ikrar ettiği şeyi ikrar etmiş olsa, kölenin tümü mükâtep olur. İnkar ettiğinde buna dair kendisine yemin ettirilir. Ancak başkasının fiili üzerine yemin etmek kişinin bilgisine göre olduğundan, "Allah'a and olsun ki ben ortağımın mufâvada akdi devam ederken bu köle ile kitabet akdi yaptığını bilmiyorum" şeklinde yemin eder.

Ortak, köleyi şirket devam ederken özgür kıldığını ikrar ettiğinde de aynı durum söz konusudur. Yani bu ikrar sadece kendi payında geçerli olur. Bu durumda diğer ortaktan yemin istenmez.

Çünkü ortaklık devam ederken ortaklardan birisi özgür kılma tasarrufunda bulunsa bu işlem diğer ortağın payında geçerli olmaz. Ortaklık sona erdikten sonra da hüküm böyledir. Kitabet akdi yapmak ise böyle değildir.

Mufâvada ortakları birbirinden ayrılsa, ortaklardan her biri ortaklığa dair her şeyden temiz (beri) olduğuna dair tanık tutsa sonra onlardan birisi "ben bu köleyi şirket devam ederken özgür kılmıştım, onun değerinin

yarısı senin payına dahil oldu" dese, diğer ortak da özgür kılma konusunda onu doğrulayıp "ben de kölenin çalışarak bana borcunu ödemesini tercih etmiştim" dese, özgür kılmamış olan ortağın sözü kabul edilir.

Çünkü hakkını elde edeceği şeyi belirleme konusunda seçim hakkı kendisine aittir. İkrarda bulunan onun bu hakkını ortadan kaldıramaz. Ayrıca kölenin değerinin yarısının onun hakkı olduğu kesin olarak bilinmekte, ikrarda bulunan kişi [11/207] ikrarıyla onun hakkını ortadan kaldırmayı istemektedir. Onun sözü ancak bir delil ile kabul edilir.

İnkar eden kişinin de yemin etmesi gerekir. Yemin ettiğinde Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre köleden çalışarak borcunu talep etmesini isteyebilir. Kölenin çalışmasını istediğini ikrar ettiğinden diğer ortaktan herhangi bir şey alamaz.

Bu ikrar, karşılıklı tanık tutmak yolu ile birbirlerini temize çıkardıklarından köleyi özgür kılanın ödemeden temiz olmasını gerektirir.

Özgür kılmayan ortak, 'ben (kendi payımı) özgür kılmadım. Bu payı senin ödemeni seçmiştim" dese, karşılıklı tanık tutarak birbirlerini şirkete ait her türlü borçtan temize çıkardıkları için diğer ortak bundan kurtulmuş olur.

Çünkü burada söz konusu olan borç, özgür kılmayan ortağın iddiası ile özgür kılanın zimmetinde yerleşen bir haktır. Köle bu haktan kurtulmuştur. Şirkete ait her türlü borçtan, tanık tutmak suretiyle ortağını kurtardığı için onu borçtan temize çıkarmış olmaktadır.

Özgür kılmayan ortak "ben özgür kılanın ödemesi veya kölenin çalışarak ödemesi arasında herhangi bir tercihte bulunmamıştım. Bu nedenle seçim hakkım devam etmektedir" dese onun sözü kabul edilir.

Çünkü seçim hakkı onun lehine sabit olmuştu. Bizzat tercihte bulunmak da onun tarafından gerçekleştirilecektir. Seçimde bulunduğunu inkâr ettiğinde onun sözü esas alınır.

Ancak bu durumda yalnızca köleden çalışarak borcunu ödemesini isteyebilir. Kendi payını diğer ortağa ödettiremez.

Çünkü ortaklar karşılıklı olarak birbirlerini her türlü borçtan temize çıkarmışlardır. Özgür kılmayan ortak, diğerine ödettirmek ister de kendisinin payı özgür kılan ortağın zimmetine yerleşirse, karşılıklı olarak temiz olduklarına dair tanık tutmaları nedeniyle, bu ödeme ortadan kalkar. Durum böyle olunca ödeme yerleşmeden önce özgür kılan ortağın tanık tutmak suretiyle borçtan kurtulması daha öncelikli olur.

Özgür kılmayan ortağın özgür kılana ödettirme hakkı ortadan kalkınca, köle kendisinin rızası ile özgür edildiğinde olduğu gibi geriye kölenin çalışmasını istemek kalmaktadır.

İkrarda bulunan ortak, diğer kişinin payını kendisine ödettirme şıkkını tercih ettiğine dair tanık getirirse, tanıklar aracıyla sabit olan şey, bizzat görerek sabit olan şey gibi kabul edilir. Özgür kılan ödemeden kurtulduğu gibi kölenin de bir şey ödemesi gerekmez.

Özgür kılmayan ortak "Ortağım bu köleyi şirket sona erdikten sonra özgür kıldı" dese yine onun sözü esas alınır.

Çünkü özgür kılma sonradan meydana gelen bir fiildir. Bu nedenle şu ana en yakın zamana dayandırılır.

İkrarda bulunan kişi, özgür kılmanın ayrılmadan önce gerçekleştiğine dair bir delil getirmedikçe doğrulanmaz.

İkrarda bulunan kişi kendisinin köleyi şirket devam ederken özgür kıldığına ve kölenin değerinin yarısını ona ödediğine dair tanık getirse, diğeri de şirket dağıldıktan sonra özgür kılındığına ve kendisinin kölenin çalışmasını talep ettiğine dair tanık getirse özgür kılınanın delili kabul edilir. Hem özgür kılan hem de köle, kölenin değerinin yarısını ödemekten kurtulur.

Çünkü özgür kılan ortak, tanıklar yolu ile önceki tarihte özgür kıldığını isbat etmiştir. Bu özgür kılma nedeni ile kendisine gerekli olan ödemeyi bırakmıştır. Diğer ortak ise getirdiği tanıklarle bunu reddetmek istemektedir. Bilindiği gibi tanıklar olayı ispat etmek için getirilir. Özgür kılanın tanıkları olayı isbat yönünden diğerinden önde olduğu için o tercih edilir.

Ortaklardan birisi şirket devam ederken şirkete ait bir köle ile bin dirheme kitabet akdi yaptığını ve bunu teslim aldığını ikrar etse, köle de ölmüş olsa, akdi yapan ortak diğerine 'bu akit benim senden temiz olduğum şeylere dahildir' dese, diğer ortak da 'aksine sen o köle ile şirket dağıldıktan sonra kitabet akdi yaptın' dese kitabet akdi yapmayan ortağın sözü esas alınır.

Çünkü akdi yapan ortak akdin önceki tarihte yapıldığını iddia etmektedir. Bir delil olmadıkça bu kabul edilmez.

"Bildiğim kadarıyla ..." şeklinde yemin ettikten sonra inkâr edenin sözü kabul edilir. Bu şekilde yemin ederse bin dirhemin yarısını ikrar edenden alır.

Çünkü o bunu kölenin kazancından almıştır. Şirket dağıldıktan sonra o köle aralarında ortak idi.

Köle ölmüş ve geriye çok mal bırakmış olur da kitabet akdini yapan ortak "ben şirket dağıldıktan sonra onunla kitabet akdi yaptım. Ben onun mirasçısıyım" dese, diğer ortak da "Sen onunla şirket akdi devam ederken kitabet akdi yaptın. Her ikimiz de onun mirasçısıyız" dese, mükâtep olan köle bir şey ödememiş ise kitabet akdi yapmamış olan ortağın sözü kabul edilir.

Çünkü onun mükâtep olan kölenin yarısı üzerinde açık bir mülkü vardır. Bu ise kölenin kazancının yarısına sahip olmasını gerektirir. Diğer ortak söylediği sözlerle bu kısmın mülkiyetinin de diğer ortağa değil, kendisine ait olduğunu iddia etmektedir. Bu hususta tanık getirmesi gereklidir. Kitabet akdi yapmayan ortak ise bunu inkâr etmektedir. Bu durumda yeminle birlikte akdi yapmamış olan ortağın sözü kabul edilir.

[11/208] **Yemin ettiğinde köle her iki ortak arasında mükâtep kabul edilir. Köle ölmüş olduğundan iki ortak kitabet bedelini onun terekesinden alırlar, kalan da miras olur.**

Muhammed (rh.a) bunun nedenini "çünkü kölenin velâsı[138] her ikisine aittir" sözü ile açıklamıştır.

Her iki mufâvada ortağı öldükten ve mirasçıları onların terekesinin tümünü bölüştükten sonra birçok mal bulurlar da, ortaklardan birinin mirasçıları 'bu mal bizim payımızdan idi' deseler, delil getirmedikçe sözleri kabul edilmez.

Çünkü her iki ortağın mirasçıları da bu malın aslında ortak olduğunda birbiri ile aynı fikirdedir. Bu durumda bir grubun bu malın yalnızca kendilerine ait olduğunu iddia etmesi, bir delil getirmedikleri sürece, diğer grup hakkında kabul edilmez.

Delil olmadığında diğer grubun yemin etmesi gerekir. Yemin ettiklerinde bu mal her iki ortağın mirasçıları arasında yarı yarıya bölünür.

Ortaklar ölmeden önce birbirini şirkete ait her türlü borçtan temize çıkarmışlarsa, onların ölümünden sonra, herhangi bir ortağın mirasçılarının, ellerinde bulunan mal konusunda sözü kabul edilir.

Çünkü bu malın yalnızca onlara ait olmasının nedeni, yani "karşılıklı olarak birbirini her türlü borçlardan temize çıkarma" açık olarak ortaya çıkmıştır.

Ortaklar ölmeden önce birbirlerini borçtan temize çıkarmamışlarsa, bir ortağın mirasçılarının elinde bulunan mal, diğer ortağın mirasçıları "bu mal diğerlerinin payına dahil olmamıştır" diye yemin etmelerinden sonra diğer tarafın mirasçıları ile ortak olur.

---

[138] **Velâ /الولاء:** Kişinin kendi mülkünde bulunan bir köleyi özgürlüğüne kavuşturması sebebiyle kölenin veya muvâlât sözleşmesi nedeniyle başka bir kimsenin mirasçısı olma hakkını kazanması.

Çünkü biz malın aslen ortak olduğunu kesin olarak bilmekteyiz. Malı elinde bulunduran kişi, bu zilyedliği ile ancak bu malda başkasının hakkı olmadığı kesin olarak bilinirse hak sahibi olabilir. Bu malda başkasının hak sahibi olduğu bilindiği zaman mal üzerinde zilyetlik itibarıyla değil, hak sahibinin her türlü borçtan onu temize çıkardığına dair tanık tutmuş olması itirabıyla mal üzerinde hak sahibi olabilir. Halbuki bu durum bizim meselemizde söz konusu değildir. Çünkü başkasının elinde bulunan bir malın bir kısmında hak ddia etmek, tıpkı başkasının zimmetinde alacağı olduğunu iddia etmek gibidir. Taraflar birbirini tanıklar huzurunda mutlak olarak temize çıkardıktan sonra onlardan birinin, diğerinin zimmetinde alacağı bulunduğu yolundaki iddiası dinlenmez. Aynı şekilde diğerinin elinde bulunan şey konusundaki iddiası da dinlenmez. Ancak taraflar birbirini temize çıkarma konusunda tanık tutmadan önceki durum farklıdır.

Ölmüş olan mufâvada ortaklarından birinin mirasçılarının elinde bir mal bulunsa ve onlar 'bu mal mufâvada şirketi kurulmadan önce bizim babamıza ait olan bir maldır' deseler, onların bu sözü kabul edilmez.

Çünkü mirasçılar, miras bırakanın yerini almaktadırlar. Eğer bu iddiayı miras bırakan kişi hayatta iken ileri sürmüş olsaydı, bu iddiası dinlenmezdi. Elinde bulunan mal da mufâvada akdinin gereklerine uygun olarak ortağı ile kendisi arasında yarı yarıya olurdu. Onun ölümünden sonra mirasçıların iddiaları için de aynı şey söz konusudur.

Mufâvada ortakları şirketle ilgili olarak birbirlerini tanıklar huzurunda temize çıkarmış olsa onların ölümünden sonra da mirasçılar bunu ikrar etseler malın yarısı diğer ortağın mirasçılarına ait olur.

Çünkü ikrar, ikrarda bulunan kişi bakımından delildir. Malı elinde bulunduran kişiler, bu mal şirkete ait olmadığından, karşılıklı temize çıkarma işlemine dahil olmadığını iddia etmişlerdir. Bu malın karşılıklı temize çıkarmaya (ibraya) tanık tutmadan sonraki ile önceki hükmü aynıdır.

Eğer ortaklar birbirini hem şirkete ait hem de diğer borçlardan temize çıkarmışlarsa (ibra etmişlerse) diğer mirasçıların bu mal üzerinde hakları yoktur.

Çünkü mal şirkete ait olsun olmasın bu söz ile ibra kapsamına girmiştir.

Mufâvada ortaklarından her birinin -şirketin ticaretini yaptığı şeyle ilgili olsun olmasın- satın aldığı her şey diğer ortak ile arasında ortaktır.

(Muhammed (rh.a) şöyle demiştir:) Böyle olmakla birlikte istihsanen bir ortağın kendisinin ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerin giyecek, yiyecek ve katık türü şeylerinin mufâvada şirketi kapsamı dışında tutulur. Bunlar üzerinde diğer ortağın hakkı bulunmaz.

Çünkü mufâvada akdi tarafların eşit olmasını gerektirir. Ortaklardan her biri tasarrufta bulunma konusunda diğerinin yerini almaktadır. Bu nedenle onlardan birinin satın alma tasarrufu her ikisi tarafından gerçekleştirilmiş olur. Kıyasa göre yiyecek, elbise ve katıkta da bu hüküm geçerlidir. Çünkü bunları satın almak ticarî akitlerdendir. Kıyas bunu gerektirmekle birlikte Muhammed (rh.a) istihsan yolu ile hüküm vererek şöyle demiştir: "Bunlar mufâvada akdinin gereklerinden ayrı tutulmuşlardır." Çünkü ortaklardan her birinin ortaklık süresince söz konusu mallara ihtiyaç duyacağı, her birinin mufâvada akdi ile kendisinin ve ailesinin nafakasının diğer ortağın sorumluluğunda olmasını amaçlamadığı bilindiği gibi, ortakların her biri diğerinin bu ihtiyaçlarını ancak satın almak suretiyle karşılayabileceğini de biliyordu. Bu durumda onlardan her biri bu miktar malı mufâvada akdinin gereklerinden olan tasarruftan ayrı tutmuştur. Durumun delaleti ile bilinen bir istisna, koşul koyma yolu ile yapılan istisna gibidir[139]. Ayrıca mufâvada akdi hukuken yalnızca tarafların her birinin koruyabileceği şeylerde eşitliği gerektirir. Bu özellik ise; gıda maddesi, giyecek ve katığın dışındaki mallarda söz konusudur.

[11/209]

Ortaklardan biri giyecek ve yiyecek satın aldığında bu, yalnızca kendisine ait olur. Satıcı bunların bedelini dilediği ortaktan isteyebilir.

Çünkü borcu doğuran akdi satın alan gerçekleştirmiştir. Diğeri ise şirket akdinden dolayı, satın alma nedeni ile ortağın üstlendiği borca kefil olmuştur.

Ortaklardan biri bu borcu şirket malından ödediğinde borcu ödeyen kişi malı satın alandan ödediği miktardaki kendi payını geri alır.

Çünkü satın alınan şeyin bedeli yalnızca satın alanın üzerine borç olmuştur. Bu borç ise şirket malından ödenmiştir.

Malların tümü ortakların birinin elinde iken o, mufâvada şirketi yaptığını inkâr etse, bu inkâr nedeni ile şirket sona ermiş olur.

Çünkü ortaklardan her biri diğerinin bulunduğu bir ortamda şirketi sona erdirme (feshetme) yetkisine sahiptir. Onlardan birinin inkârı da sona erdirme olur. Çünkü bu inkârla o, diğer kişi ile geçmişte şirket akdi yaptığını reddetmektedir. Bu zaruri olarak şu anda da şirketin reddedilmesini gerektirir.

Mufâvada şirketinin kurulmuş olduğuna dair tanıkları varsa bu kişi elinde bulundurduğu bütün malların yarısını diğer ortağa öder.

Çünkü o, diğer ortak hakkında güvenilir konumunda idi. Şirket akdini inkâr etmesi ile, tıpkı emanet alan kişinin emanet malı inkâr etmesinde olduğu gibi, ödemekle yükümlü olmaktadır.

---

[139] Mutlak eşitlik esasına dayanan mufâvada ortaklığında, her ortağın yapacağı aile harcamaları; "aslî ihtiyaçlar" temel alınarak "ma'ruf" ölçüsünde bir harcamayı kapsamalıdır. Çünkü günümüzde mesken, ısınma, aydınlanma, ulaşım vb. harcamalar önem kazanmıştır.

Malı elinde bulunduranın ölümünden sonra mirasçılarının inkâr etmesi durumunda da aynı hüküm söz konusudur.

Çünkü hayatta olan ortağın payı, ölenin mirasçılarının elinde emanet olarak bulunmaktadır. Onlar bunu inkâr ettiklerinde ödemekle yükümlü olurlar.

Mufâvada ortaklarından her biri ölmeden önce bir adamı vasiyet görevlisi (vasî) atasalar, ortaklar öldükten sonra ortağın yaptığı tasarruftan doğan alacağı ancak onun vasîsi isteyebilir.

Çünkü vasî onu vasî atayan kişinin yerine geçer. Ortakların ölmesi ile şirket akdi sona ermiştir. Bu nedenle alacağı ancak akdi gerçekleştiren kişinin yerini alan kişi isteyebilir.

Vasiyet görevlisi (vasî), alacağı teslim aldığında bu konuda ne kendisine ne de -mufâvada akdini ikrar ediyorlarsa- mirasçılara ödeme gerekmez.

Görmez misin, vasî atayan kişinin bizzat kendisi mufâvadayı ikrar ettiği durumda alacağı teslim aldığında, ortağının payı konusunda emin konumunda olur.

Mufâvada ortaklarından biri, cinsel ilişkide bulunmak üzere yalnızca kendisine ait bir cariye satın aldığında diğer ortağın emri (izni) olmaksızın satın almışsa cariye her iki ortağa ait olur. Bu durumda satın alan ortak cariye ile cinsel ilişkide bulunamaz.

Çünkü bu satın alma, şirketin kapsamından ayrı tutulmamıştır. Yine bu satın almaya yalnızca ortaklık sırasında ihtiyaç duyulacağı da kesin olarak bilinmemektedir. Dolayısıyla yapılan satın alma şirketin gereklerine uygun olarak taraflar arasında eşit olarak gerçekleşir.

Diğer ortağın izni ile satın almış olsa bile, hiçbir ortak cariye ile cinsel ilişkide bulunamaz. Satıcı cariyenin bedelini dilediği ortaktan isteyebilir.

Ortaklardan birinin kendisi ve ailesi için yiyecek ve giyecek satın almasında olduğu gibi burada da ortaklar cariyenin bedelini, satın alanın payından hesap ederler.

Muhammed (rh.a) *"el-Câmiu's-Sağîr"* de şunları belirtmiştir:

"Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre cariye, satın alana aittir. O, diğer ortağa bir şey ödemez. Satın alan onunla cinsel ilişkide bulunabilir. Ortaklardan herhangi birisi cariyenin bedelini ödediğinde diğerinden bir şey tahsil edemez. Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.)'e göre ise ortaklar cariyenin bedelini şirket malından öderlerse, cariyeyi satın almayan ortak satın alandan bedeldeki payını geri alabilir."

Muhammed (rh.a)'in burada anlattıklarından anlaşılmaktadır ki "şirket kitabı"nda anılan cevap, Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.)'in görüşüdür.

[11/210] Onların görüşünün dayandığı delil şudur; Satın alan ortak satın almasıyla ona yalnız başına sahip olmuştur. Bu nedenle onun bedeli de kendisi üzerine gerekli olur. Çünkü malın bedeli, mülkiyetinin karşılığıdır. Bu bedeli şirket malından ödediğinde, tıpkı yiyecek ve giyecekte olduğu gibi burada da ortağı bu bedeldeki payını kendisinden geri alır. Bunun nedeni şudur: Ortağın iznine itibar edilmesinin nedeni; satım akdinin mufâvada şirketinin kapsamından istisna edilmesi içindir. Ortak izin verdiğinde bu akitle alınan şey, izinsiz olarak mufâvada akdinden istisna edilen yiyecek ve giyeceğe katılır.

Ebû Hanîfe (rh.a.) ise şöyle demektedir: "Bu kişi cariyeyi şirkete almış olur. Onun bedelini şirket malından ödediğinde tıpkı cariyeyi ortağın emri olmadan satın alması durumunda olduğu gibi ortak kendisinden hiçbir şey geri alamaz. Çünkü şirket devam ettiği sürece, ortaklar şirketin gerektirdiği şeyde değişiklik yapamazlar. Nitekim ortaklar satın alınan şeyin mülkiyeti konusunda birbirinden farklı olmayı koşul koysalar şirket akdi devam ettiği sürece, bu koşul geçerli olmaz. Ortağın satın almaya izin vermesinin etkisi; satın alınan şeyde ortak olduktan sonra kendi payını satın alana devretmesinde görülür. Bu durumda o kendi payını diğer ortağa hibe etmiş olur. Ortaklar birlikte bir cariye satın alıp sonra onlardan birisi kendi payını diğerine hibe etse bu cariye yalnızca hibe edilen kişiye ait olur. Onunla cinsel ilişkide bulunabilir. Cariyenin bedelini ödemek ise her iki ortağa aittir. Bizim meselemiz de tıpkı bunun gibidir. Şu durum bunu açıklamaktadır: Ortağın akde izin vermesi, onun izni olmaksızın sabit olmayan şeylerde göz önüne alınır. Halbuki ortaklardan birinin satın alması diğerinin izni olmaksızın da geçerlidir. Aynı şekilde ortağın izni olmaksızın satın alınan şeyin mülkiyeti ve bedeli ödeme yükümlülüğü her iki ortağa ait olur. Bundan anlaşılmaktadır ki; diğer ortağın izni, satın alan kişi cariyenin mülkiyetini ikrar ettiğinde muteber olur. Bunun, yani satın alınan cariyenin mülkiyetinin satın alana ait olmasının da iki yolu vardır;

a. Doğrudan satın alma: Aralarında şirket akdi devam ettiği sürece bu mümkün değildir.

b. ortaklardan birinin kendi payını diğerine hibe etmesi. Bu ise mümkündür. Dolayısıyla mümkün olan yol ile her iki ortağın amacını da gerçekleştirmek gerekir. Ortakların her ikisinin maksadını gerçekleştiren tek yol olan bu ikinci yol onların açıkça bunu ifade etmeleri gibi kabul edilir. Yiyecek ve giyecek ise böyle değildir. Çünkü bunlar şirket akdinin gereğinden ayrı tutulmuştur. Bundan dolayı satın alma akdi nedeniyle satın alınan şeyin mülkiyeti yalnızca satın alana ait olur. Dolayısıyla bunun bedelini ödemek de kendisinin borcu olur.

Mufâvada şirketinde ortaklardan biri diğerinin izni ile cariyeyi satın alıp onunla cinsel ilişkide bulunduktan sonra cariyenin gerçek sahibi ortaya çıksa, bu kişi ukr'u[140] dilediği ortaktan isteyebilir.

Çünkü bu, ortaklardan birinin ticaret nedeni ile yani satım akdi ile üstlendiği bir borçtur. Satın alma olmasaydı kendisine had (ceza) gerekli olurdu. Ancak bir kadınla evlenip onunla cinsel ilişkide bulunduktan sonra onun bir sahibi ortaya çıkarsa, durum bundan farklıdır. Çünkü bu durumda kendisine ukr'un gerekli olması nikah itibarıyladır. Oysa nikahın ticaretle bir ilgisi yoktur. İki meselenin birbirinden farklı olduğunun delili şudur; Ticaret yapmasına izin verilmiş köleden satın alma nedeni ile ukr derhal istenebilir. Nikah nedeni ile gerekli olan ukr ise özgür kılınıncaya kadar kendisinden istenemez.

Ortaklardan biri, ticaretini yaptıkları cariyelerden birini veresiye olarak satarsa, bedelini tahsil etmeden, ortaklardan hiçbirisi bu bedelden daha düşük fiyata cariyeyi geri satın alamaz.

Çünkü ortaklardan birinin satım tasarrufu ikisi tarafından gerçekleştirilmiş olarak kabul edilir. Ayrıca ortaklardan birisi satıcı diğeri ise ona tabidir. Bir malı satan veya bir malı satılan kişi, bedelini tahsil etmeden önce bu malı ilk bedelden daha düşüğüne geri satın alamaz. [11/211]

Satıcı bedeli alıcıya hibe eder veya alıcıyı temize çıkarırsa Ebû Hanîfe ve Muhammed (rh.a.)'e göre bu durumda caiz olur. Ortağının payını da öder.

Çünkü o, ortağının payı konusunda satışa vekil kılınmıştır. Satışa vekil olan kişi alıcıyı malın bedelinden temize çıkardığında (ibra ettiğinde) veya teslim almadan önce bedeli ona hibe ettiğinde Ebû Hanîfe ve Muhammed (rh.a.)'e göre bu caiz olur. Bunun dengini vekil edene öder.

Ebû Yusuf (rh.a)'a göre ise vekilin alıcıyı borçtan kurtarması geçerli değildir. Aynı şekilde diğer ortağın payı hakkında mufâvada ortağının alıcıyı borçtan kurtarması da geçerli olmaz.

Çünkü hibe ve temize çıkarma (ibra), mufâvada akdinin gerektirdiği şeylerden değildir.

Satım akdini yapmamış olan ortak bedeli alıcıya hibe ederse hibe bedelin yarısında geçerli olur.

Çünkü o yalnızca kendi payında tasarruf hakkına sahiptir. Malın bedelini düşürmesi de mal üzerindeki mülkiyet hakkına dayanır. Nitekim vekil eden alıcıyı

---

[140] **Ukr /** العقر : Sözlükte; asıl, kök, evin ortası, kasidenin en iyi beyti, mehir gibi anlamlara gelir. Fıkıh ıstılâhında; mehr-i misil anlamında kullanılmakla birlikte kendisiyle herhangi bir şüphe sonucu cinsel ilişkiye girilen kadına, mehrine denk gelecek oranda verilen tazminata da denir. Aynı şekilde, gasp yoluyla yapılan bir cinsel ilişkiden dolayı, kadına diyet olarak verilen bedele de "ukr" denir.

temize çıkardığında da aynı durum söz konusudur. Malı satan ortağın payında ise diğer ortağın mülkiyeti bulunmadığı gibi akdi de yapmamıştır. Bu nedenle onun payını hibe etmesi geçerli olmaz.

Akdi yapmamış olan ortak, karşılıklı rıza ile akdi bozduğunda (ikale), bu hem kendisi hem de akdi yapan ortak adına geçerli olur.

Çünkü akdi kaldırmak ticaretle uğraşanların yaptığı işlerdendir. Bu nedenle de mufâvada akdinin gereklerinden olmaktadır. Çünkü akdi kaldırmak yeni bir satış gibidir. Bu bakımdan babanın ve vasiyet görevlisinin (vasînin) yaptığı akdi kaldırma geçerli olur. Aynı şekilde mufâvada ve inan şirketi ortağının yaptığı akdi düşürme de geçerli olur.

Mufâvada ortaklarından birisi dirhemler karşılığında yiyecek üzerinde selem akdi yapsa bu her iki ortak için geçerli olur.

Çünkü bu veresiye yapılan bir satın almadır. Ticaret erbabının yaptığı işlerdendir. Bu hususta mufâvada ortaklarından birinin fiili her ikisinin fiili gibi kabul edilir.

Ortaklardan biri, bir malı veresiye alıp peşin bedelle aynı kişiye sattığında da (îyne) aynı şey söz konusudur.

Îyne, bir malı veresiye olarak değerinin üzerinde satın alıp peşin olarak değerine satmaktır. Bu akitle mal akdi yapanın olur. Bu, ticaretle uğraşanların fiillerindendir. Bilindiği gibi bu konuda mufâvada ortaklarından birinin fiili her ikisi tarafından gerçekleştirilmiş kabul edilir.

İnan şirketi ortaklarından birisinin bu tasarrufları gerçekleştirmesi durumunda hüküm bundan farklı olur.

Biz daha önce şunu açıklamıştık: İnan şirketi ortaklarından her biri, elinde satın aldığı şeyin bedeli ile aynı cinsten şirket sermayesi bulunduğu zaman veresiye olarak bir mal satın alabilir. Bedel ile aynı cinsten olan şirket sermayesi bulunmadığında veresiye olarak satın alma, malı borç olarak alma olur. Borç alma yetkisi inan şirketi ile kazanılan haklardan değildir. Mufâvada şirketi ile elde edilen haklardandır.

Mufâvada ortaklarından birisi diğer ortağın selem akdi (para peşin, mal veresiye) yaptığı parayı kabul ederse bu selem akdi onun hakkında da geçerli olur.

Çünkü selemi kabul etmek ticaretle uğraşanların yaptığı işlerdendir.

Şu söylenebilir: "Bu nasıl geçerli olabilir? Bilindiği gibi selemi kabul etmek üzere birisini vekil atamak geçerli değildir. Ortaklardan her biri diğerinin vekilidir. Bu nedenle vekilin yaptığı tasarruflardan hangisi vekil eden hakkında geçerli oluyorsa, aynı şekilde mufâvada ortaklarının tasarruflarından da ancak bunlar diğeri hakkında geçerli olur."

Buna şu şekilde cevap veririz: Bu, inan şirketinde söz konusudur. Mufâvada şirketinde ise ortaklardan her biri ticarî işler konusunda diğerinin yerini almaktadır. Selemi kabul etmek de ticarî işlerdendir. Şu husus bunu açıklamaktadır: Selemi kabul etmek kişinin zimmetinde bulunan şeye ve aldığı mal, para vb. karşılığında zimmette olan şeyin ödeme sorumluluğunu yüklenmeye tabidir. Bu şuna benzer; ortaklardan birisi elbise dikmek vb. konularda çalışarak para kazansa, bu para her iki ortağa ait olur. Biz daha önce bu işin diğer mufâvada ortağı hakkında da geçerli olduğunu ve onun da işten sorumlu tutulabileceğini söylemiştik. Selemi kabul etmek de böyledir.

Mufâvada ortaklarından biri veresiye olarak bir köle satsa sonra da ölse, diğer ortak bu konuda dâvaya taraf olamaz.

Çünkü ortaklardan birinin ölmesi ile şirket bağı ortadan kalkmıştır. Alacağı isteme ve dâva açma hakkı akit nedeni ile devam eder. Bu ise akdi yapan veya onun ölümünden sonra vasiyet görevlisi (vasî) veya mirasçılar gibi onun yerini alan kişilere aittir.

Bununla birlikte malı satın alan kişi bedelin yarısını ona verirse ondan kurtulur (beri olur).

Çünkü bedelin yarısı onun mülküdür. Ölenin vasiyet görevlisi (vasîsi) bunu teslim aldığında diğerine vermesi gereklidir. Satın alan bu bedeli teslim ettiğinde istihsana göre borçtan kurtulur. Nitekim malı vekilden satın alan kişi bedeli vekil edene verdiğinde istihsan deliline göre bedeli ödemekten kurtulmuş olur. [11/212]

Şirkete ait malın, ortaklardan birine satılması

Ortaklardan biri, şirkete ait bir kumaşı kesip kullanması için diğer ortağa satabilir.

Çünkü bu, yararı olan bir satıştır. Şöyle ki; bu satış öncesi, kumaş her iki ortağa ait iken satıştan sonra yalnızca satın alana ait olmaktadır. Satın alan ortak giymek üzere yabancı bir kişiden kumaş satın alsaydı, onun mülkiyeti yalnızca kendisine ait olurdu. Kendi ortağından satın aldığında da aynı şey söz konusu olur. Satın almanın bir yararı olduğunda akit geçerli olur. Nitekim efendi, ticaret yapmasına izin verdiği borçlu kölesinin kazancından bir şeyi kendisi için satın aldığında veya mudarebe akdinde sermaye sahibi şirketi işletenden (mudaribden) mudarebe'ye ait bir mal satın aldığında bu satışlar geçerli olur.

Yine ortaklardan birisi diğerine, cinsel ilişkide bulunmak üzere bir cariye satsa veya ailesinin yiyeceğini sağlamak üzere gıda maddesi satsa, bu satışın bir yararı bulunduğu için bedeli ödemek satın alana gerekli olur. Malı üçüncü bir kişiye satma durumunda olduğu gibi, malın bedelinin yarısı satın alana yarısı da diğer ortağa ait olur.

Ortaklardan biri diğerinden söz konusu malları ticaret yapmak üzere satın alırsa, akit geçersiz olur.

Çünkü bu akdin bir yararı bulunmamaktadır. Çünkü bu akit öncesinde mal şirkete ait olduğu gibi, akitten sonra da şirkete ait olmaya devam eder. Akdin bir yararı olmadığında akit geçersiz olur. Çünkü dinî akitler bir yarar elde etmek üzere meşru kılınmış nedenlerdir. Bu nedenler, bir yarar içermediğinde geçersiz olur. Geçersiz olan şey ise yasal olamaz.

Ortaklardan birinin kendi malını ortağına satması

Ortaklardan birinin miras olarak kendisine geçmiş bir kölesi olur da diğer ortak bunu ticaret yapmak üzere satın alırsa satış geçerli olur.

Çünkü bu akdin bir yararı bulunmaktadır. Çünkü mufâvada şirketine girmeyen bir mal bu akit sayesinde şirkete girmektedir.

Satıcı bedeli tahsil etmedikçe şirket bozulmaz.

Çünkü alacağını tahsil etmeden önce onu diğer ortaktan ayrı kılan şey zimmetteki alacaktır.

Alacağı tahsil ettiğinde şirket sermayesi olmaya elverişli olan bir mala tek başına sahip olduğu için mufâvada akdi geçersiz duruma gelir.

Ortaklardan birine miras olarak geçmiş olan cariyeyi, diğer ortağın cinsel ilişkide bulunmak üzere satın almasında da aynı durum söz konusudur.

Mufâvada şirketinde bir ortağın dinden çıkmasına ilişkin hükümler

Mufâvada ortaklarından birisi İslam'dan döner ve harp ülkesine sığınırsa, ortaklar arasındaki mufâvada akdi ortadan kalkar.

Çünkü hâkim o kişinin harp ülkesine sığındığına hükmettiği anda o, hükmen ölmüş sayılır. Bu nedenle malı mirasçıları arasında bölüşülür. Mufâvada akdi gerçekte ölümle geçersiz duruma geldiği gibi, hükmen ölümle de geçersiz duruma gelir. Ayrıca harp ülkesine katılan kişi harbî (harp ülkesi vatandaşı) olmuştur. Harp ülkesinde olan harbî ile İslam ülkesinde bulunan Müslüman arasında bir bağlantı bulunamaz. Nitekim bu durumda iken onların ilk olarak mufâvada akdi yapmaları caiz olmaz. Aynı şekilde daha önceden yapmış oldukları akit bu durumdan sonra devam etmez.

Hâkim dinden çıkan kişinin harp ülkesine sığındığına dair hüküm vermeden önce, o kişi Müslüman olarak İslam ülkesine geri gelse, şirket bulunduğu durum üzere devam eder.

Çünkü hâkimin hükmü olmadıkça harp ülkesine katılmak tıpkı kayıp olmak gibidir. Bu nedenle şirket ortadan kalkmaz. Ayrıca mufâvada akdi ortağını vekil atamak gibidir. Bilindiği gibi vekillik akdi, hâkimin hükmü olmadıkça vekilin dinden çıkması ve harp ülkesine katılması ile sona ermez. Mufâvada ve inan şirketinde de aynı durum söz konusudur.

Hâkim dinden çıkanın harp ülkesine katıldığına hükmettikten sonra o kişi Müslüman olarak İslam ülkesine dönerse aralarındaki şirket devam etmez.

Çünkü o kişinin harp ülkesine katıldığına dair hâkimin hükmü ile kişi hükmen ölmüş sayıldığı için şirket ortadan kalkmıştır. Vekil ve vekil edenin dinden çıkması konusunda ihtilaflı konular ve konuşulması gereken meseleler bulunmaktadır. Biz bunları "Vekillik" konusu içinde ele almıştık.

Ortak dinden çıkmakla birlikte harp ülkesine katılmasa, sonra bir borç ikrarında bulunsa ve ardından dinden çıkmış olarak öldürülse Ebû Hanîfe (rh.a)'ye göre bu borç kendisini bağlamaz.

Çünkü ikrar, dinden çıktığı durumda yapılmış bir tasarruftur. Ebû Hanîfe (rh.a)'ye göre bu ikrar askıda kalır. Dinden çıkmış olarak öldürüldüğünde tıpkı diğer tasarrufları gibi ikrarı da geçersiz duruma gelir. [11/213]

Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.)'e göre ise bu ikrar, inan şirketi ortağını bağladığı gibi mufâvada şirketinde de ikrarda bulunanı bağlar.

Çünkü onlara göre dinden çıkmışın inan şirketi yapması başlangıçta geçerli olduğu gibi, sonradan bir ortağın dinden çıkmış olması durumunda da şirket devam eder. Dinden çıkmışın yaptığı mufâvada şirketi ise askıda kalır. Şirketin kurulmasından sonra dinden çıkmış olması durumunda ise mufâvada şirketinin inan şirketine göre fazla olan kısmı askıda kalır. Öldürüldüğünde veya harp ülkesine katıldığında fazlalık geçersiz olur. Geriye yalnızca ölüm zamanına kadar ortağı ile arasında inan şirketi kalmış olur. İnan şirketi ortaklarından her birinin âlim-satımı, ticaret nedeni ile bir borç ikrarında bulunması, diğer ortak hakkında da geçerli olur. Bunları dinden çıkmış yaptığında da aynı durum söz konusu olur.

Ebû Hanîfe (rh.a.) ise şöyle demektedir: "Ortaklardan Müslüman olan kişi bir borç ikrarında bulunduğunda, bu kendisi hakkında bağlayıcı olur. Dinden çıkan açısından ise bu ikrar askıda kalır; eğer Müslüman olursa aralarındaki şirket akdi devam ettiği için diğerinin ikrarı onu bağlar. Eğer ölürse veya dinden çıkmış olarak öldürülürse bu ikrar kendisi hakkında geçerli olmaz. Dinden çıkanın ikrarında da aynı durum söz konusudur. Çünkü dinden çıkanın ikrarı aslen askıdadır (mevkuftur). Dinden çıkmış olarak öldürüldüğünde diğer tasarrufları gibi bu da geçersiz olur. Müslümanın ikrarı ise kendisi hakkında geçerlidir. Bu ikrarın hükmünün dinden çıkan hakkında sabit olması, onun Müslüman olmasına bağlıdır. Öldürüldüğünde veya öldüğünde bu ikrar geçersiz olur. Bu borç yalnızca Müslümandan istenilir.

İki mufâvada ortağından biri bir mal sattıktan sonra şirket dağılsa, satın alan da ortakların ayrıldığını bilmese, ortakların her biri malın bedelinin tümünü teslim alabilir.

Çünkü mufâvada akdi devam ederken ortaklardan birinin yaptığı satış, diğer ortağa malın bedelini tahsil etme hakkını vermektedir. Alıcı ortakların ayrıldığını bilmediği sürece bu hak, şirketin dağılması ile ortadan kalkmaz.

Bu nedenle ortakların ayrıldığını bilmeksizin alıcı bedeli iki ortaktan birine ödese borçtan kurtulmuş olur.

Çünkü alıcı akit yaptığında, borcu iki ortaktan birine ödediğinde, borçtan kurtulmaya hak kazanmıştır. Ortakların ayrıldıklarını bilmediği sürece onların ayrılması ile bu hak geçersiz duruma gelmez. Bunun nedeni şudur; alıcı, satıcı tarafından malın bedelini ortağına ödemesi konusunda vekil kılınmış konumundadır. Ortaklar şirkete son vermekle onu vekillikten uzaklaştırmayı amaçlamışlardır. Durumdan habersiz olduğunda, vekilin kasden uzaklaştırılmış olması kendisi hakkında sabit olmaz.

Alıcı ortakların ayrıldığını öğrendiğinde malın tüm bedelini ancak malı kendisine satana ödeyebilir.

Çünkü şirketin dağıldığını öğrendiğinde kendisi hakkında vekillikten uzaklaştırma hükmü sabit olur. Çünkü onun bu hususta bir zararı bulunmamaktadır. Bu mesele satıcının ölmesi meselesinden farklıdır. Çünkü vekil edenin ölümü ile onun mülkü mirasçılarına geçtiğinden vekil edenin ölümü, vekilin hükmen görevden uzaklaştırılmasını gerektirir. Uzaklaştırma hükmünün sabit olması vekilin, vekil edenin öldüğünü bilmesine bağlı değildir.

Malı satın alan kişi malda bir kusur bulduğunda ancak kendisine satan kişiyi dâva edebilir.

Çünkü ortaklık dağılmıştır. Kusur nedeni ile dâva etmek ise akdin hukukundandır. Akdin hukuku yalnızca akdi yapana aittir.

Daha sonra akdi yapan kişi bunun yarısını ortağından tahsil eder.

Çünkü malın yarısında diğerinin vekili idi. Bu vekillik nedeni ile yüklendiği zararı ondan tahsil eder.

Alıcı şirket dağılmadan önce malın kusurlu olmasından dolayı malı akdi yapmamış olan ortağa geri vermiş ve kendisi lehine ortak aleyhine malın bedelinin veya -bedelin ödenmesinin mümkün olmadığı durumda- noksanının ödenmesine hüküm verilmiş olsa daha sonra da şirket dağılsa, alıcı bunu dilediği ortaktan isteyebilir.

Çünkü bu, şirket devam ederken ortaklardan birine gerekli olan bir borçtur. Aradaki kefillik hükmü gereğince, bu borç diğer ortaktan da istenebilir. Ortakların ayrılmış olmaları diğer borçlarda olduğu gibi burada da alacak sahibinin alacağını dilediği ortaktan isteme hakkını ortadan kaldırmaz. [11/214]

Şirket dağıldıktan sonra alıcının satın aldığı kölenin gerçek sahibi çıksa, alıcı kölenin bedelini ödemişse, bunu dilediği ortaktan isteyebilir.

Çünkü başkasına ait olan malın satışı askıda idi. Hak sahibinin iptal etmesi ile tamamen geçersiz duruma gelmiştir. Ortaklar dağılmadan önce kölenin bedelini alıcıya geri vermeleri gerektiği ortaya çıkmıştır. Bu nedenle alıcı bedeli dilediği

ortaktan isteyebilir. Ortaklar ayrıldıktan sonra kusur nedeniyle köleyi geri vermekle satış geçersiz olmaz. Aksine bu satış malın geri verilmesi anına kadar geçerlidir. Malın bedelini alıcıya geri vermek, mal satıcıya geri verildiğinde gerekli olmuştur.

Alıcı, malı ortaklık dağıldıktan sonra geri vermişse, malın bedelini diğer ortaktan isteyemez.

Bir kimse bir kumaşı bizzat dikmesi için bir terziye verse ve bu terzi başka bir kişiyle terzilik yapmak üzere mufâvada şirketi kurmuş olsa, şirket devam ettiği sürece kumaş sahibi işin yapılmasını her iki ortaktan da isteyebilir.

Çünkü şirket devam ettiği sürece ortakların her biri yüklendiği borç konusunda diğer ortakla aynı konumdadır.

Şu söylenebilir: "Kumaşı dikme işi, akdi bizzat yapan kişiye gereklidir. Diğer ortak ise bu iş konusunda akdi yapanın kefilidir. Kumaş sahibi bizzat kumaşı teslim ettiği kişinin dikmesini istediğinde, diğer ortağın ona kefil olması geçerli olmaz. Bu nedenle bu işi yapması kefilden istenemez."

Buna şu şekilde cevap veririz: Ortaklar arasında mufâvada akdi devam ettiği sürece, onlar tek bir kişi hükmündedirler. Mufâvadanın gerektirdiği konularda ortaklardan her biri diğerinin yerini alır. Çünkü mufâvada akdinin rüknü olan eşitlik ancak bununla gerçekleşir. Kefilliğin anlamı ortaklar dağılmadan önce değil, ancak dağıldıktan sonra ortaya çıkar.

Hiç şüphesiz ki ortaklar birbirinden ayrıldığında veya kumaşı teslim alan ortak öldüğünde, işin diğer ortak tarafından yapılması istenemez.

Çünkü ortakların tek bir kişi sayılmasını gerektiren şey şirkettir. Şirket ise ortadan kalkmış, geriye kefilliğin anlamı kalmıştır. Bu durumda işin bizzat işi kabul eden tarafından yapılması koşul olmuştur. Kefillik hükmüne dayanarak diğer ortaktan bu işi yapması istenemez.

İşi kabul eden ortak öldüğünde, akdin konusu ortadan kalktığı için bu kabul etme geçersiz duruma gelir.

Bu şuna benzer; kişi bir kumaşı bizzat dikmesi koşuluyla bir terziye verse ve onu dikmesi konusunda kendisinden bir kefil alsa, bu geçerli olmaz. İşi bizzat yapmasını koşul koymamışsa, kefillik geçerli olur. Çünkü yerine getirmede vekilliğin geçerli olduğu durumlarda ödemeye tabi bir şeye kefil olmak caizdir. Yerine getirilmesinde vekilliğin geçerli olmadığı konularda kefillikte geçersizdir. Kişi terziye kumaşı bizzat dikmesini koşul koyduğunda bu işi yerine getirmede vekillik geçerli olmaz. Kumaş sahibi bunu koşul koymadığında bu işi yapma konusunda vekillik geçerli olur. Dolasıyla kefillik de geçerli olur. Kefillik geçerli olduktan sonra terzi ölünce kefil borçtan kurtulmuş olur. Çünkü terzinin ölmesi ile aradaki hizmet sözleşmesi ortadan kalkmıştır. Asîlin borçtan kurtulması, kefilin de kurtulmasını

gerektirir. Aynı şekilde develerin kiraya verilmesi durumunda develerin sahibi öldüğünde kefil borçtan kurtulur. Çünkü onun ölümüyle kira akdi sona ermiştir.

İki kişi bir kür[141] buğday ve bir kür arpaya ortak olarak sahip olsa, birbirlerine bu malların satımını emretmemiş olsalar, ortaklardan biri buğdayı taşımak üzere bir binek hayvanını âriyet olarak alsa ve diğer ortak âriyet alanın emri olmaksızın hayvanın üzerinde arpa taşısa; hem hayvanın hem de diğer ortağın arpadaki payının ödeme yükümlülüğünü üstlenmiş olur.

[11/215] Çünkü bu ortaklar arasındaki şirket mülk şirketidir. Bu şirkette ortaklardan her biri tasarruf konusunda diğerine yabancı bir kişi gibidir. Dolayısıyla hayvan üzerinde arpa taşıyan ortak, hayvanı ve hayvan üzerinde taşıdığı arpadaki diğer ortağın payını gasbetmiş olmaktadır. Bu nedenle bu taşıma sonucunda telef olduğunda hayvanın değerini ve ortağın arpadaki payını öder. Bu, inanve mufâvada ortağı gibi değildir. Çünkü inanve mufâvada ortaklarının her biri diğerinin ticaret konusunda vekili olduğu gibi malı hayvan üzerinde taşıma konusunda da birbirinin vekilidir. Bu nedenle diğer ortak ödemekle yükümlü olmaz.

Muhammed (rh.a.) *"el-Asl"* adlı kitabındaki şirket bölümünü; İki kişinin herhangi bir sermaye koymaksızın, kredileri ile mal alıp satmak veya bedenleri ile bizzat çalışmak üzere mufâvada şirketi kurmaları konusunu anarak bitirmiştir.

Biz vücûh (kredi) ve tekabbul (iş) şirketlerinin hem inanhem de mufâvada şeklinde kurulabileceğini daha önce belirtmiştik.

Ancak (ister kredi ister iş şirketi olsun) mufâvada şirketinde ortaklar kârların birbirinden farklı olmasını koşul koyamazlar.

İnan şirketi şeklindeki kredi ortaklığında, satın alınan şeyin mülkiyetinde birbirinden farklı olmayı koşul koymadıkça kârda farklılığı koşul koymak caiz değildir.

İnan şirketi şeklinde olan iş ortaklığında ise ortaklar kâr oranlarının birbirinden farklı olmasını koşul koyabilirler.

Bizim Iraklı âlimlerimizden birisi şöyle demektedir: "Bu ikisi arasında fark yoktur." Bunun anlamı şudur: Ortaklar iş ortaklığında kâr oranlarının farklı olmasını koşul koymuşlarsa, işi kabul etmenin kendisinde eşit olmayı koşul koymakla birlikte kârda farklı olmayı koşul koymaları geçerli olmaz.

Ancak bu görüş gerçeğe uzak bir görüştür. Çünkü Muhammed (rh.a.) *"el-Asl"* da ve *"en-Nevadir"*de yer aldığına göre şöyle demiştir: "Kâr, ortakların belirlediği koşula göredir. Zarar ise aralarında yarı yarıya olur." Eğer ortaklar arasındaki

---

[141] **Kür /** كر. Hanefilere göre 2348,280 kg buğday diğerlerine göre 1563,840 kg buğday alan ölçek.

farklılık iş kabul etmenin aslında olsaydı zarar da bu farklılığa göre olurdu. Ancak iki mesele arasında şu iki açıdan fark vardır;

Birincisi; iş ortaklığında ortaklar işe tabidir. İş konusunda onlar birbirinden farklı olabilir. Bu nedenle kâr oranında farklı olmayı koşul koyabilirler. Kredi şirketinde ise zimmetlerinde olan mal bedelinde ortaklar eşittir. Satın alınan şeye eşit oranda sahip olma durumunda kâr oranlarının farklı olmasını koşul koymaları geçerli olmaz. İkisi arasındaki farkı şöyle açıklayabiliriz: Çıkarlar ancak akit ile değer kazanır. Burada da ortaklardan her birinin çıkarı, kendisi için koşul koyduğu kâr oranına göre değer kazanır. Satın alınan şeyin kendisi ise çıkardan farklıdır. Çünkü mal, kendi başına değerlidir. Dolayısıyla ortaklardan hiçbiri sermaye olmaksızın veya ödeme yükümlülüğünü yüklenmeksizin diğer ortağın malının kârını elde etmeyi koşul koyamaz.

Ortaklardan birisi işi kabul ettiğinde, aralarında mufâvada ortaklığı var ise işin diğer ortaktan da istenilebileceği konusunda herhangi bir görüş ayrılığı yoktur.

Ancak aralarında mutlak (yani inan şeklinde) bir ortaklık var ise *"en-Nevâdir"*de bu mesele ile ilgili bir kıyas bir de istihsana göre verilmiş hüküm anılmıştır.

Kıyasa göre iş ancak işi kabul eden ortaktan istenebilir. Çünkü aralarındaki ortaklık inan şirketidir. İnan şirketi ise kefilliği kapsamaz. Nitekim bu durumdaki ortaklardan birisi bir kişiye borcu olduğunu ikrar etse, bu borç diğer ortağı bağlamaz. Ortaklardan birinin işi kabul etmesinde de aynı durum söz konusudur.

İstihsana göre ise iş diğer ortaktan da istenebilir. Çünkü bu işin kabul edilmesi, ortaklık yaparken amaçlanan şeydir. Şirketin amacına dahil olan şeylerde ortaklardan her biri diğerinin yerini alır ve sanki mufâvada ortakları gibi olurlar. Buna göre ortaklardan birisi işi yaptığında istihsanen diğer ortak ücreti isteyebilir. Çünkü bu yaptıkları şirket akdi ile hedefledikleri şeydir. Bunun onların hedefi olduğunu şöyle açıklayabiliriz; aralarındaki şirket akdi bu gibi durumlardan ayrı olamaz. Borç ikrarı ise bundan farklıdır.

Açıklama yapan, Ebû Yusuf (rh.a.)'tan şunu anmıştır: "İstihsan deliline göre, ortaklardan her biri diğerinin elinde bulundurduğu mal onun kusuru ile telef olduğunda ödemekle yükümlüdür. Yine bir kişi onların elinde bulunan bir malın kendisine ait olduğunu, iş yapmak üzere bu ortaklara teslim ettiğini iddia etse, ortaklardan biri de bunu ikrar etse, bu ikrar istihsan yolu ile diğer ortak hakkında da geçerli olur." **[11/216]**

Muhammed (rh.a.) bu iki meselede kıyasın hükmünü esas alarak şöyle demektedir: "Ortaklardan birinin, elinde bulunan malın başkasına ait olduğunu ikrar etmesi, borç ikrarında bulunması gibidir. Ortaklardan birinin elinde onun kusuru ile telef olan mal onun tarafından gasp ve telef edilmiş gibidir. Aralarındaki

şirket akdi bunlardan ayrı düşünülebileceğinden, bu gibi şeylerin bedeli diğer ortaktan istenemez."

Ebû Yusuf (rh.a.) bu meselede istihsana göre hüküm vermiştir. Çünkü işi yapma sırasında kişinin kusuru ile gerekli olan ödeme, iş nedeniyle gerekli olmuştur. Bilindiği gibi bu iki ortak iş konusunda mufâvada ortakları gibidirler. Aynı şekilde iş nedeni ile kazanılan ve borçlanılan şeylerde de iki mufâvada ortağı gibi olurlar. Mal ikrarında bulunmada da aynı durum söz konusudur. Çünkü şirket bunlardan ayrı düşünülemez. Çünkü bu iki ortağa bir iş teslim eden kişi mutlaka işin yapılacağı malzemeyi de teslim etmek zorundadır. Onlardan birinin kabul ettiği işte, iş yapıldığında, her ikisinin de mal üzerinde hâkimiyeti sabit olur. Eğer ortaklardan birinin ikrarı diğer ortak hakkında geçerli olmasa, insanlar bu kişilerle iş yapmaktan kaçınırlar. Bu nedenle biz istihsana göre hüküm verdik.

Allahu Subhanehû veTeâlâ en iyisini bilir.

FÂSİT[142] (BOZUK) ŞİRKET

İki kişi odun toplayarak bunları satmak ve kazandıkları parada yarı yarıya ortak olmak üzere şirket yapsalar bu şirket fâsit (bozuk) olur.

Çünkü şirketin geçerli olması vekillik esasına bağlıdır. Vekilliğin caiz olmadığı konularda şirket de caiz olmaz. Kişi bir kişiyi kendisi için odun toplamak üzere vekil atasa bu vekillik geçerli olmaz. Toplanan odunlar vekillik verene değil toplayana ait olur. Şirkette de aynı durum söz konusudur. Çünkü ortaklardan her biri gerçekte bu işin bir bölümünü kendisi adına yapma konusunda diğerini vekil atamaktadır.

Ayrıca odun toplamak bir kazanma işlemidir. Mübah bir mal üzerindeki kazanma işlemi malın mülkiyetinin onu elde edene ait olmasını gerektirir. Halbuki şirket yapılması durumunda, ortaklardan her biri ortaya sermaye koymaksızın ve ödeme sorumluluğunu da üstlenmeksizin diğer kişinin kazancının bir kısmının kendisine ait olmasını koşul koymaktadır. Yahut da bu kişilerin her biri diğerinin kazancının yarısında ortaklık yapan mufâvada ortağı gibi olmaktadır. Bu, bilinmeyen bir konuda yapılan mufâvada ortaklığı olduğu için geçerli olmaz.

Her bir ortağın topladığı odun ve bunları sattığında bedel kendisine ait olur.

Çünkü bedele, asla sahip olmakla sahip olunur.

Bu şekilde şirket kuran iki kişiden birisi odun toplasa diğeri de ona yardım etse, odun toplayan yardım edene emsal işçilik ücreti öder.

---

[142] **Fâsit / الفاسد:** Aslen geçerli olup nitelik itibarıyla geçerli olmayan yani kendi kendine yasal iken yasal olmayan bir şeyle birlikte bulunma nedeniyle yasallıktan çıkan şey, bilinmeyen bir şeyi satmak gibi. İbadetlerde fâsit ile batıl aynıdır.

Çünkü o, fasit (bozuk) bir akit hükmü gereğince diğer kişinin emeğinden yararlanmıştır. Dolayısıyla da bunun emsal ücretini vermesi kendisine gerekli olur.

Ebû Yusuf (rh.a)'a göre emsal ücret, odunun bedelinin yarısını geçemez. Muhammed (rh.a.)'e göre ise emsal ücret, hangi miktara ulaşırsa ulaşsın ödenmesi gereklidir.

Ebû Yusuf (rh.a.) şöyle demektedir: "Yardım eden kişi, malın bedelinin yarısına razı olmuştur. Onun rızası bunun üstündeki miktarı isteme hakkını ortadan kaldırır. Görmez misin bir miktar buğdayı belirli bir yere kadar bu buğdayın içinden bir kafiz[143] karşılığında taşımak için bir kişiyi ücretle tutsa, o kişi de buğdayı taşısa kendisine emsal ücret gerekir. Bu emsal ücret akitte belirlenen miktarı geçemez. Çünkü yarara değer belirlenmesi akitle ve miktar anmakla olmaktadır. Çünkü yararlar akit olmaksızın değer ifade etmezler. Akitte anılan miktarın üstündeki kısım için ise bir belirleme yapılmamıştır." [11/217]

Muhammed (rh.a.) ise şöyle demektedir: "Akitte anılan şeyin hem cinsi hem de miktarı belirsizdir. Çünkü ortaklar hangi tür odun elde edeceklerini bilmedikleri gibi, odun bulup bulmayacaklarını da bilmemektedirler. Belirsiz olan bir şeye rıza göstermek geçerli değildir. Diğer kişinin rızası dikkate alınmayınca geriye onun emeği bozuk (fasit) bir akitle elde edilmiş olmaktadır. Bu nedenle neye ulaşırsa ulaşsın kendisine emsal ücret verilmesi gerekir. Herhangi bir miktarda odun elde ettiğinde ise öncelikle emsal işçilik ücreti verilir. Buğday taşıma meselesi bundan farklıdır. Çünkü buğdayın bir kafizi bilinmektedir. Bu nedenle o meselede taşıyanın rızası göz önüne alınmış ve emsal ücretin akitte anılan bir kafizi aşmamasına hükmedilmiştir."

Aynı şekilde kuru otları yolmak, dağlardan ve çöllerden ceviz, fıstık vb. gibi meyve toplamak şeklinde diğer mubah mallar üzerinde yapılan şirketlerde de aynı hüküm geçerlidir.

İki kişi bu konuda birlikte çalışarak elde ettikleri malları birbirine karıştırırlar ve satarlarsa, her birinin malı ölçülerek veya tartılarak satılan mallardan ise elde edilen bedel, mallarının ölçüsüne veya tartısına göre bölüştürülür.

Çünkü onlardan her birisi kendi bulduğuna sahip olmaktadır. Satım akdinde bedel, akde söz konusu olan şeyin değerine göre bölüştürülür. Ölçülerek ve tartılarak satılan şeylerin değeri de ölçmek ve tartmak suretiyle bilinebilir. Bu nedenle elde edilen bedel iki kişi arasında buna göre bölüşülür.

Eğer topladıkları şeyler ölçülebilen veya tartılabilen şeylerden değil ise satıştan elde edilen bedel her birinin değerine göre bölüşülür.

---

[143] **Kafiz / القفيز:** 12 sa' miktara denk bir ölçek. Sa', 1040 dirhem buğday alan (yaklaşık olarak 3 kilo 700 gramlık) ölçü birimidir.

Çünkü ölçülemeyen ve tartılamayan şeylerin değeri ancak değerleri ile bilinebilir.

İki kişinin kazandıklarının miktarı bilinmiyorsa, her biri malın yarısına sahip olduğunu söylediğinde bu söz kabul edilir.

Çünkü onlar malı kazanma konusunda bir birine eşittirler. Kazandıkları mal da onların elinde idi. Bu durumda onlardan her biri malın yarısının kendisine ait olduğunu iddia etmesi durumunda, kendi elinde bulunan şeyi iddia etmiş olmaktadır. Bu konuda dış görünüş de kendisini desteklemektedir. Bunun için onun sözü kabul edilir.

Ortaklardan birisi malın yarısından fazlasına sahip olduğu konusunda tanık getirmedikçe doğrulanmaz.

Çünkü bu iddia ile o, dış görünüşün aksini iddia etmektedir. Ayrıca o diğer kişinin elinde bulunan bir şeyi iddia etmektedir. Bir kişi iddiasına dair tanık getirmedikçe başkasının elinde bulunan bir şeyi iddia etmekle ona hak kazanamaz.

Aynı şekilde iki kişi, kendilerine ait olmayan bir yerden çamur, kireç, tuz, sürme vb. gibi şeyleri alıp satma konusunda ortaklık yaptıklarında belirttiğimiz hükümler geçerli olur.

Çünkü bu eşyalar konusunda başka birisini vekil belirlemek geçerli olmaz. Çünkü bu eşyalar aslen mübah olan şeylerdendir. İnsanlar bunları elde etme konusunda birbirine eşittir. Şirkette de aynı durum söz konusudur.

Yine iki kişi kendilerine ait olmayan çamurdan tuğla veya kiremit yapmak yahut hazine aramak, avlanmak gibi konularda ortaklık yaptığında da aynı hükümler söz konusudur.

Bunların tümü aslen mübah olup mülkiyeti herhangi bir kişiye ait olmadığı için bu eşyalar konusunda başkasını vekil atamak geçerli olmadığı gibi şirket de geçerli olmaz.

İki kişi bir başka kişiye ait olan kireç taşını satın alıp bunları öğütme konusunda ortaklık yapsalar bu caiz olur.

Çünkü ortaklar bir sermaye koymuşlarsa bu inan şirketi olur. Sermaye koymamışlarsa mal üzerinde kurulan vücûh (kredi) şirketi olur. Biz her ikisinin caiz olduğunu daha önce açıklamıştık.

Aynı şekilde iki kişi cam parçalarını satın alma konusunda ortaklık yaptıklarında bu ortaklık caizdir.

İki kişi satın almadıkları, aslen mübah olan bir şey üzerinde şirket yaptıklarında daha önce açıkladığımız nedenle bu fâsit (bozuk) olur.

[11/218] **İki kişi av yapma konusunda ortaklık yapıp bir ağ gerseler veya ikisine ait av köpeğini gönderseler, mülkiyeti gerektiren nedende yani avlanma**

konusunda eşit olmaları nedeniyle yakalanan av aralarında yarı yarıya ortak olur.

Birlikte av yapma konusunda ortaklık

Köpek yalnızca bir kişiye ait olup ikisi birden göndermişlerse av yalnızca köpek sahibine ait olur.

İki kişinin her birinin köpeği bulunur da köpeklerini ava gönderirlerse; her bir köpek bağımsız olarak bir av yakalamışsa, bu av köpeğin sahibine ait olur. İki köpek tek bir av yakalamışlarsa bu av, köpeklerin sahibi arasında yarı yarıya ortak olur.

Köpeklerden birisi bir av yakalayıp sıkıca tutsa, sonra da diğer köpek gelerek ona yardım etse, av ilk köpeğin sahibinin olur. İkinci köpek gelinceye kadar ilk köpek avı sıkıca tutamamış olsa ve ikisi birden avı yakalasalar av köpek sahipleri arasında yarı yarıya ortak olur.

Çünkü köpek sahibi köpeği ava gönderdiğinde, avın mülkiyetini gerektiren neden, yani avlanma tamamlanmıştır. Diğeri de bu konuda ona yardımcıdır.

İki kişinin her biri köpeğini gönderdiğinde tek bir av yakalarsalar, köpeklerin sahipleri ava hak sahibi olmanın nedeni konusunda birbirine eşit olmuş olurlar. Köpeklerin biri avı yakalayıp sıkıştırırsa onun avı yakalaması tamamlanmış olur.

Çünkü o köpek kendi fiili ile hayvanın av olmasına (insanlardan kaçmasına) son vermiştir. İki köpek birlikte avı sıkıca yakalarlarsa köpeklerin sahipleri neden konusunda eşit duruma gelirler. Dolayısıyla av da ikisi arasında yarı yarıya ortak olur.

İki kişiden birinin katırı, diğerinin devesi bulunsa ve bu kişiler hayvanlarını kiraya verip elde ettikleri geliri yarı yarıya paylaşmak üzere ortaklık yapsalar bu ortaklık bozuk (fasit) olur.

Çünkü onlardan her biri gerçekte ücretin yarısının kendisine ait olması için kendi hayvanını kiraya verme konusunda diğerini vekil atamaktadır. Bu vekil atama işlemi geçersizdir. Çünkü kişi "ben ücretin tamamı bana ait olmak koşuluyla senin hayvanını kiraya veriyorum" dediğinde nasıl ki bu geçersiz olursa aynı şekilde "ücretin yarısı bana ait olmak koşuluyla hayvanını kiraya veriyorum" demesi de aynı şekilde geçersiz olur. Çünkü yararın bedeli aynın bedeline kıyas edilir. Nasıl ki kişinin başkasına "senin hayvanının bedelinin yarısı bana ait olmak koşuluyla satıyorum" demesi geçersiz ise aynı şey kiralama hakkında da söz konusudur. Bu şekilde vekil atamak geçerli olmadığına göre şirket de geçerli olmaz. Çünkü hepsinde gerekçe aynıdır. Bu gerekçe şöyle açıklanabilir: "Vekil atama, ancak bu işlem öncesinde vekilin bizzat gerçekleştirme imkanına sahip olmadığı işlerde geçerlidir." Halbuki hayvanın sahibi vekil atamadan önce hayvanını satabilir. Kiraya verebilir. Aynı şekilde herkes, vekil atama işleminden önce mübah olan bir şeyi

elde etme hakkına sahiptir. Bu nedenle sayılan şeylerin tümünde vekil atama geçersiz olmaktadır. Ayrıca bu, ticaret eşyası ile şirket yapma anlamına gelmektedir. Çünkü aynın yararı bizzat aynın kendisine kıyas edilir. Çünkü yarar akit ile değer kazanır. Biz daha önce ticaret malı ile yapılan şirketin caiz olmadığını açıklamıştık.

İki kişi birlikte bu hayvanları belirli bir işte kullanılmak üzere belirli bir ücret karşılığında kiraya verseler, elde edilen ücret aralarında katırın ve devenin emsal ücretine göre bölüştürülür.

Çünkü ücret her iki hayvanın emeğinin bedelidir. Yararlarda emsal ücret, malın değeri gibidir. Bu iki kişi hayvanlarını satmış olsalar, elde edilen bedel aralarında hayvanların değerine göre bölüşülür. Aynı şekilde kiraladıklarında elde edilen ücret de buna göre bölüşülür.

İki kişi birlikte belli bir ücret karşılığında belirli bir şeyi taşıma işini kabul etseler fakat katır veya deveyi kiraya vermeseler, elde edilen ücret aralarında yarı yarıya ortaktır.

Çünkü burada ücrete hak kazanma, işi kabul etme nedeniyle gerçekleşmektedir. İki kişi bu hususta birbirine eşittir.

Yalnızca katır kiralanırsa ücret katırın sahibine ait olur.

Çünkü bu ücret kendi hayvanının emeğinin bedelidir.

[11/219]

Diğer kişi eşyanın taşınması konusunda yardım etmişse emsal ücrete hak kazanır, bu emsal ücret Ebû Yusuf (rh.a.)'a göre akitte belirlenen ücretin yarısını aşamaz. Muhammed (rh.a.)'e göre ise yardım eden kişi, miktar neye ulaşırsa ulaşsın emsal ücreti hak eder.

Bu mesele önceki ile aynıdır.

Hayvanları kiraya verme konusunda iki kişinin yaptığı ortaklık, bizzat çalışarak iş yapma konusundaki ortaklıkları gibi değildir.

İki çamaşırcı; bir taraftan çamaşır beyazlatma malzemeleri diğer taraftan da dükkan olmak üzere, var olan malzeme ile söz konusu dükkanda çamaşır yıkamak ve elde edilen geliri yarı yarıya bölüşmek üzere ortaklık yapsalar bu caiz olur.

Çünkü bu durumda ücrete hak kazanma işi kabul etme itibarıyladır. İş kabul edilmekle her iki kişi tarafından ödeme yükümlülüğü üstlenilmiş olmaktadır. Diğer yandan bu konuda vekillik vermek geçerli olduğundan şirket de geçerli olur. Bizim meselemizde ise ücrete hak kazanmak hayvanın taşıması sonucu olmaktadır. Her bir ortağın hayvanının taşıma gücü yalnızca o hayvanın sahibine ait olduğundan, bu konuda aralarında şirket yapmaları caiz olmamaktadır.

Bir taraftan hayvan diğer taraftan da semer ve harar olmak üzere iki kişi hayvanı kiralayıp elde edilen ücreti yarı yarıya paylaşmak koşuluyla şirket yapsalar, bu şirket fasit (bozuk) olur.

Çünkü bu, yararı ayn'a kıyas etme prensibinden hareket ettiğimizde, ticaret malı ile şirket kurmak anlamına gelir. Ayrıca böyle bir konuda vekil atamak geçerli olmaz.

Buna rağmen hayvan kiraya verilse, elde edilen ücret hayvan sahibinin olur. Diğer kişi emsal kira bedeli alamaz.

Çünkü bu kiralamada ücret, hayvanın yararı karşılığındadır. Çünkü taşıma hayvan üzerinde yapıldığından kiralamada asıl maksat hayvanın kendisidir. Semer ve hararlar olmadan da taşıma işlemi yapılabilir. Dolayısıyla kira bedelinden hiçbir şey bunlara karşılık olmamaktadır. Bu yüzden ücretin tümü hayvanın sahibine ait olur.

Diğer kişi ise fasit (bozuk) bir akdin hükmüne dayanarak kendisi ve âletleri ile hayvan sahibine yardımcı olduğundan miktarı ne olursa olsun Muhammed (rh.a.)'e göre emsal işçilik ücreti hak eder. Ebû Yusuf (rh.a.)'a göre hayvanın kiralanma ücretinin yarısını aşmayan ücret alabilir.

Bir kişi bir başka kişiye hayvanını kiraya vermesi ve elde edilen ücretin aralarında yarı yarıya ortak olması koşuluyla verse, bu şekilde kurulan şirket fasit (bozuk) olur.

Bu şekilde yarar üzerinde yapılan akdi, zimmet borcu (deyn) üzerinde yapılan akde kıyas ettiğimizde, bu hükme ulaşmaktayız. Kişi hayvanını bir başkasına, satmak ve satış sonucu elde edilen bedelin yarısında ortak olmak üzere verse bu fasit (bozuk) olur. Kiraya verme de bunun gibidir.

Kira bedelinin tümü hayvan sahibine ait olur.

Ayrıca hayvan sahibinin hayvanını teslim ettiği kişi, hayvanı kiraya verme konusunda onun vekilidir. Vekilin kiraya vermesi, vekil edenin kiraya vermesi gibidir.

Hayvanı kiraya veren kişi emsal ücrete hak kazanır.

Bu hususta gemi ve ev tıpkı hayvan kiralama ile aynı hükümlere tabidir.

Bir kimse, bir kişiye hayvanını üzerinde buğday ve tahıl satmak ve elde edilen kârın aralarında yarı yarıya ortak olması koşuluyla verse, ticaret malı ile kurulan şirket gibi bu da fasit (bozuk) bir şirket olur.

Çünkü burada kişilerden birinin sermayesi ticaret malı, diğerinin sermayesi de hayvanın yük taşıma yararıdır.

Şirket fasit (bozuk) olduğundan kâr, buğday ve tahıl sahibine ait olur.

Çünkü kâr onun mülkünün karşılığıdır. Çünkü bedel, akde söz konusu olan şeyin bedelidir.

Malın taşındığı hayvan, akit konusu şeye dahil olmadığından bunun bedelden bir karşılığı yoktur. Hayvan sahibi emsal ücrete hak kazanır.

Çünkü o hayvanının malı taşımasına karşılık bir bedel almayı koşul koymuş ancak bu bedeli elde edememiştir. Bu nedenle fasit (bozuk) akde dayanarak hayvanın yararını elde eden kişiden emsal ücret almaya hak kazanır. Ayn'ın yararını ayn'a (bir şeyin kendisinin yararını, o şeyin kendisine) kıyas ettiğimizde hayvan için söz konusu olan durum, ev ve gemi için de geçerli olmaktadır.

Allahu Subhanehû ve Teâlâ en iyisini bilir.

[11/220]

AVCILIK

(كتاب الصيد)

Büyük , zâhid, şemsu'l-eimme ve fahru'l-islâm Ebûbekir Muhammed b. Ebî Sehl es- Serahsî (rh.a.) yazdırma yoluyla dedi ki:

Biliniz ki avlanmak, kitap ve sünnetle mübah kılınmıştır.

Bunun kitaptan delili şu âyetlerdir:

Avın mübah olduğunun delilleri

﴿ وإذا حللتم فاصطادوا ﴾

"İhramdan çıktığınız zaman avlanınız...." (el-Mâide, 5/2)

Arapçada emir kipinin anlattığı en düşük hüküm, mübahlıktır. (Bu âyette de avlanma emredilmiştir. Bu, mübahlık ifade etmektedir.)

﴿ أحل لكم صيد البحر وطعامه ﴾

"Deniz avı yapmak ve onu yemek size helâl kılındı " (el-Mâide, 5/96)

Peygamber (s.a.v.)'in şu hadisi de, avın sünnetten delilidir:

الصيد لمن أخذه

"Av, yakalayan kimseye aittir."[144]

Bu deliller gösteriyor ki avlanmak mübahtır, meşrûdur.

[144] Zeyleî, *Nasbu'r-râye*, IV/379.

Çünkü bir şeye mâlik olmak, meşrû bir hükümdür. Bunun nedeni de meşrû olur. Avlanmak, bir kazanç çeşididir. Bunun için yaratılan hayvandan yararlanmadır. Öyle olunca, mübah olur.

Avın meşrû olması için, avlanılan hayvanın etinin yenir olup olmaması arasında ayırım yoktur.

Çünkü eti yenilmeyen hayvanların avlanmasında da derisini almak veya eziyetini insanlardan uzak tutmak gibi yararlar söz konusu olur.

Hayvanlar iki çeşittir.

1- Kanı olmayan hayvanlar: Bu tür hayvanlardan balık ve çekirgenin dışında hiçbirini yemek caiz değildir.

Eti yenilen hayvanlar

Çünkü hayvanların yenilebilmesinin koşulu, dinin istediği biçimde boğazlanmasıdır. Kanı olmayan hayvanlarda bunun gerçekleşmesi imkansızdır. Ancak balık ve çekirge delil ile boğazlanma koşulundan istisna edilmiştir. Çünkü Peygamber (s.a.v.) şöyle buyurmuştur:

أُحِلَّتْ لَنَا مَيْتَتَانِ وَدَمَانِ أَمَّا الْمَيْتَتَانِ فَالسَّمَكُ وَالْجَرَادُ ، وَأَمَّا الدَّمَانِ فَالْكَبِدُ وَالطِّحَالُ

"Bizim için iki ölü ve iki kan helâl kılınmıştır; ölüler çekirge ve balık, kanlar da karaciğer ve dalakdır."[145]

2- Kanı olan hayvanlar: Bunlar da, ehlî olanlar ve vahşî olanlar olmak üzere iki çeşittir.

a. Ehlî hayvanlardan yenilmelerinin helâl olduğunda görüş birliği olanlar; deve, sığır, dâvar ve tavuktur.

Bunların helâlliği kur'an âyeti ile sabittir. Allahu Teâlâ şöyle buyurur:

﴿ وَالْأَنْعَامَ خَلَقَهَا لَكُمْ فِيهَا دِفْءٌ وَمَنَافِعُ وَمِنْهَا تَأْكُلُونَ ﴾

"Hayvanları da O yarattı. Onlarda sizin için ısıtıcı (şeyler) ve bir çok yararlar vardır. Onlardan bir kısmını da yersiniz." (En-Nahl, 16/5)

Başka bir âyette de şöyle buyurulmaktadır:

﴿ جَعَلَ لَكُمُ الْأَنْعَامَ لِتَرْكَبُوا مِنْهَا وَمِنْهَا تَأْكُلُونَ ﴾

"Allah kimine binesiniz, kimini yiyesiniz diye sizin için hayvanları yaratandır." (el-Gâfir / el-Mü'min 40/79)

Bunların dışındaki ehlî hayvanları, yeri geldiğinde açıklayacağız.

b. Vahşî hayvanlar da iki çeşittir.

---

[145] Müsnedü'ş-Şâfiî, I/340; Ahmed b. Hanbel, Müsned, II/97; İbn Mâce, Et'ime 31, Sayd 9; Dârekutnî, *Sünen*, IV/271; Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, I/254; Zeyleî, *Nasbu'r-râye*, IV/269.

Birincisi, deniz av hayvanlarıdır. Bunlardan balığın dışındakilerin yenilmeleri helâl değildir.

İkincisi de kara av hayvanları olup, bunlardan da köpek dişi olan hayvanlarla, pençesi olan kuşların dışındakilerinin yenilmeleri helâldir.

Çünkü Peygamber (s.a.v.) kara hayvanlarından köpek dişi olanların tamamını ve kuşlardan tüm pençelileri yemeyi yasak etmiştir. Öte yandan bu hayvanlar pis kabul edilmişlerdir. Çünkü bunlar, yaratılıştan kapıp kaçan hayvanlar olup, bunların etini yiyenlerde, bu kötü özellikler mutlaka kendisini gösterir. Nitekim Peygamber (s.a.v.) bir hadisinde:

لا تُرضِعْ لَكُمُ الْحَمْقاءَ ، فَإِنَّ اللَّبَنَ يُعْدِي

"Ahmak kadın çocuğunuzu emzirmesin. Çünkü süt etki eder" buyurmuştur.[146] Çirkin kabul edilen şeyler delille haram kılınmıştır. Allahu Teâlâ şöyle buyurmuştur:

﴿ وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ الْخَبَائِثَ ﴾

"Onlara pis şeyleri haram kılar..." (el-A'râf 7/157) Bundan dolayı haşeratın yenilmesi haram kılınmıştır. Çünkü bunlar insan tabiatının çirkin gördüğü şeylerdendir. Oysa bize, temiz olan şeyler helâl kılınmıştır. Allahu Teâlâ şöyle buyurmaktadır:

﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُلُوا مِنْ طَيِّبَاتِ مَا رَزَقْنَاكُمْ ﴾

"Ey iman edenler! Size verdiğimiz rızıkların temiz olanlarından yeyiniz..." (el-Bakara 2/172) Allahu Teâlâ bu hitap şekli ile mü'minlere ikramda bulunmuştur. Çünkü onlara, peygamberlere hitabettiği şekilde hitabetmiştir. Nitekim başka bir âyette de;

﴿ يَاأَيُّهَا الرُّسُلُ كُلُوا مِنَ الطَّيِّبَاتِ ﴾

"Ey Peygamberler! Temiz olan şeylerden yeyin..." (el-Mü'minûn, 23/51)

[11/221]

Eti yenilen hayvanların yenilebilmesi için, onların boğazlanması koşuldur. Allahu Teâlâ yenilmesi caiz olmayan etleri sayarken, boğazlanan hayvanları ayırmıştır.[147]

Bazı Irak'lı Hanefî âlimleri (rh.a.), hayvanı boğazlamanın ona eziyet verdiği gerekçesi ile, aklen bunun doğru olmadığı inancına kapılmışlardır. Ama bu, doğru değildir. Delilden yoksun kişisel bir kanaattir. Nitekim Resûlüllah (s.a.v.), peygamber

---

[146] Taberânî, *el-Mu'cemü'l-evsât*, I/27; Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, VII/464; Heysemî, *Mecmau'z-zevâid*, IV/482.

[147] bk. el- Mâide, 5/3.

olarak gönderilmeden önce et yiyordu. Onu, müşriklerden satın aldığı zannedilmemelidir. Çünkü onlar hayvan keserken putların adını anarak kesiyorlardı. Bundan anlaşılıyor ki Peygamber (s.a.v.) kendisi hayvan kesiyor veya av avlıyordu. Onun yaptığı bir şeyin; zulüm, yalan ve sefihlik gibi aklen yanlış olduğu sölenemez. Çünkü Peygamber (s.a.v.)'in bunu yaptığının zannedilmesi asla caiz değildir.

Hayvan kesmekte ve avlamakta, bu hayvanların kendileri için yaratıldığı insanların gıda ihtiyacını karşılama vardır. Bu, onun mübah olmasını gerektiren bir nedendir. Allahu Teâlâ şu âyette buna işaret etmektedir:

﴿ هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُم مَّا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا ﴾

"O, yerde ne varsa hepsini sizin için yarattı...." (el-Bakara, 2/29) Bu maksadı gerçekleştirmek için hayvana eziyet vermek aklen kötü bir şey sayılamaz. Nitekim ihtiyaç sırasında hoş olmayan ilaçlar içmek, kan aldırmak aklın kötü gördüğü şeylerden değildir.

"Hayvan kesmek" anlamına gelen "الذَّكاة (ez-zekât)" sözcüğü, sözlükte; yanma, hayvanda şiddetle meydana gelen tutuşma anlamına gelir. Bunun Arap dilinde birçok delilleri vardır; şiddetli sıcaklığından dolayı güneşe "اَلذكاءُ (ez-zekâ')", keskin zekâya sahip olan insana da zekî (ذكيّ) denilir. Bundan anlaşılıyor ki hayvanı boğazlamanın (zekâtının) koşul konulması, boğazlamak suretiyle eti güzelleştirmektedir. Çünkü boğazlamak, bir tür pişirmedir. Bundan dolayı, boğazlanan hayvanın eti, kendiliğinden ölen leşin etinden çok daha temiz ve güzel, bozulup kokmaya daha uzaktır.

Denilmiştir ki; boğazlamak, pis ve bozuk kanı akıtmaktan ibarettir. Çünkü hayvanda haram olan şey akıcı kandır. Allahu Teâlâ haram olan şeyleri sayarken, "veya akıtılan kan..." (el-Enâm 6/145) buyurmuştur. Demek ki boğazlamak pisliği gidermek ve temizini pisinden ayırmak suretiyle eti temizlemektir.

Boğazlamak (hayvan kesmek) iki çeşittir:

Hayvan boğazlama çeşitleri

Boğazlanılması gereken yerden kesmek: Bu, boğazlamaya güç yetirildiği zaman olur. Peygamber (s.a.v.);

اَلذَّكاةُ ما بَيْنَ اللَّبَّةِ وَالنَّحْرِ

"Boğazlamak, gerdan ile çene arasındadır." buyurmuştur.[148]

1- Yaralamak suretiyle hükmen kesilmiş saymak: Normal yolla kesme imkanı olmadığı zaman hayvan herhangi bir yerinden yaralanmak

[148] Buhârî, Zebâih 24; İbn Mâce, Zebâih 9; Ebû Dâvûd, Zebâih 16; Nesâî, Dahâyâ 25; Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, IX/278; Zeyleî, *Nasbu'r-râye*, IV/250.

suretiyle kesilmiş sayılır. Bu, güç yetirilebildiği şekilde yaralamakla gerçekleşir.

Normal yolla kesilme imkanı olduğu takdirde, hayvan ancak kesilmesi gereken yerden kesilirse helâl olur. Normal yolla kesilmesi imkansız olduğu zaman da yaralamak kesme yerine geçer.

Av hayvanı ile av yapmanın helâl olmasının koşulları

Bir hayvanın avlanmakla helâl olması için bir takım koşulların bulunması gerekir. Bunlar:

1- Avcı hayvanın eğitilmiş olması,

2- Avcı hayvanın yaralayıcı olması.

Bir âyette şöyle buyurulmaktadır:

﴿ وما عَلَّمْتُم من الجوارح مُكَلِّبين تُعَلِّمُونَهُنَّ مِمَّا عَلَّمَكُمُ اللهُ فَكُلُوا مِمَّا أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ ﴾

"Allah'ın size öğrettiğinden öğretip, avcı durumuna getirdiğiniz hayvanların sizin için yakaladıklarından da yeyin..." (el-Mâide, 5/4)

Av hayvanının yaralayıcı olmasından maksadın ne olduğu konusunda iki görüş vardır. Bunlar;

a) Köpek dişi veya pençesi ile gerçekten yaralayıcı olması,

b) Kazanan (tuttuğunu sahibine getiren) olması. Allahu Teâlâ şöyle buyurmaktadır:

﴿ ويَعْلَمُ مَا جَرَحْتُم بِالنَّهَارِ ﴾

"Gündüzün ne kazandığınızı bilen..." (el-En'âm, 60)[149]

3- Av hayvanını, avın peşine salmak.

Bu koşul sünnet ile sabit olmuştur. Peygamber (s.a.v.) Adiy b. Hâtem (r.a.)'e şöyle buyurmuştur:

وإذا أرْسَلتَ كلبَكَ المُعلَّمَ وذكَرْتَ اسْمَ اللهِ عليْهِ فكُلْ . وإنْ شارَكَ كَلْبُكَ كَلْبٌ آخرَ فلا تأْكُلْ

"Eğitilmiş köpeğini gönderdiğin zaman onun üzerine Allah (c.c.)'ın adını anarsan (yakaladığı av hayvanının etini) ye. Eğer senin köpeğine başka bir köpek ortak olursa o zaman yeme."[150]

---

[149] Âyette "kazandığınız" anlamında, sözlükte "yaraladığınız" anlamına gelen ح خ م (Cerahtüm) kelimesi kullanılmıştır. Müellifin bu âyeti tanık tutmaktan maksadı, genelde yaralamak anlamında olan cerh fiilinin kazanmak anlamında da kullanıldığını anlatmaktır.

[150] Buhârî, Zebâih 8; Müslim, Sayd ve Zebâih 3; Ebû Dâvûd, Sayd 2; Tirmizî, Sayd 1; Nesâî, Sayd ve Zebâih 2; Zeyleî, *Nasbu'r-râye*, IV/369.

Köpeklerden birisi av için gönderilmediği zaman yakalanan avın etinin helâl olmaması, avcı hayvanını göndermenin koşul olduğuna delildir. Öte yandan boğazlama ancak insan tarafından gerçekleştirildiği zaman etin helâl olmasını gerektirir. Öyleyse yakaladığı hayvanın etinin helâl olması için avcı hayvanın da insan yerine geçmiş olması gerekir. Bu da ancak insan tarafından av için göndermekle olur. Zaten avcı hayvanın, eğitimli olmasının koşul oluşu kendisinde gönderme işleminin gerçekleşmesi içindir. [11/222]

4- (Avcı hayvanı gönderirken veya silahı atarken) Besmele çekmek.

5- Avcı hayvanın, avı sahibi için tutması.

Çünkü Allahu Teâlâ şöyle buyurmaktadır:

﴿ فَكُلُوا مِمَّا أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ وَاذْكُرُوا اسْمَ اللَّهِ عَلَيْهِ ﴾

"Sizin için yakaladıklarından yeyin ve üzerine Allah'ın adını anın..." (el-Mâide, ٤

Bir âyette emir kipi mutlak olarak kullanıldığında farzlık bildirir. Yerken besmele çekmek farz olmadığına göre anlıyoruz ki bu âyetten maksat, avcı hayvanı gönderirken besmele çekmektir.

6- Avlanılan hayvanın, eti yenilen hayvanlardan olması ve evcil olmayıp insanlardan kaçan cinsten bulunması.

7- Avcı hayvanın, gönderenin gözünden kaybolmaması veya avcı avladığı hayvanı buluncaya kadar onu aramayı bırakmaması.

Çünkü avcı hayvan, sahibinin gözünden kaybolursa avlanan hayvanın, av hayvanının yaralaması ile mi başka bir nedenden mi öldüğü bilinemez. İbn Abbas (r.a.) şu sözü ile buna işaret etmektedir: "Gözünün gördüğünü ye, görmediğini terket." Avcı, gönderdiği hayvanın (veya attığı silahın) avladığını aramayı bırakmayıp peşinden gitseydi, belki onu diri olarak yakalayacak ve onu normal yolla kesebilecekti. Avı izlemeyi bırakırsa bunu bilemez. Oysa güç yetirildiği durumda, boğazlamayı terketmek haramdır. Bu konuda temel kural şudur: Avlanan kişi avın peşinden gitseydi "belki/umulur ki yetişebilirdi" diyebileceğimiz bir durum söz konusu olduğunda, onu yemek helâl değildir.

Peygamber (s.a.v.), Adiy b. Hâtim (r.a.)'e;

إِذَا وَقَعَتْ رَمْيَتُكَ فِي الْمَاءِ ، فَلَا تَأْكُلْ ، فَإِنَّكَ لَا تَدْرِي أَنَّ الْمَاءَ قَتَلَهُ أَوْ سَهْمُكَ

"Avladığın av suya düşerse onu yeme. Çünkü sen, onu suyun mu yoksa yoksa okun mu öldürdüğünü bilemezsin."[151] buyururken buna işaret etmiştir.

---

[151] Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, IV/378; Ebû Dâvûd, Sayd 2; Dârekutnî, *Sünen*, IV/294; İbn Hibbân, *Sahih*, XIII/192; Taberânî, *el-Mu'cemü'l-kebîr*, XVII/77; Zeylei, *Nasbu'r-râye*, IV/375.

Bunu öğrendikten sonra deriz ki:

Av aletinde bulunması gereken koşul

Avcının gönderdiği avcı hayvanının yaralayıcı olması koşul olduğu gibi av hayvanına attığı âletin de yaralayıcı olması gerekir.

İbrahim (r.a.)'den bunu açıklayıcı şu bilgiler rivâyet edilmiştir: "Ok[152] delerse ye, delmezse –demiri yoksa- yeme." Bazen ok, ava enine değer. Kırılır ve çıkmaz. Bu, Peygamber (s.a.v.)'den rivâyet edilmiştir. Kendisine, demirsiz okun değdiği avın hükmü soruldu. O da şu cevabı verdi:

مَا أَصَابَ بِحَدِّهِ فَجَرَحَ فَكُلْ ، وَمَا أَصَابَ بِعَرْضِهِ ، فَلَا تَكُلْ

"Keskin ucunun değip de yaraladığını ye, enlemesine değdiğini yeme."[153]

Daha önce hayvanın yenilmesinin, onun pis kanını akıtma koşuluyla helâl olduğunu söylemiştik. Bu da çarpmakla değil delmekle olur. Çünkü okun yan çarptığı hayvan, odun parçası ile dürtülmüş gibidir. Odun parçası dürtülerek ölen hayvanın yenilemeyeceği de âyetle sabittir.[154]

Bir kişinin şöyle dediği rivâyet edilmiştir: Mahalle halkından birisinin bir devekuşu vardı. Birisi ona sopa ile vurdu ve çöplüğe attı. Hayvan daha canlı idi. Biz bu hayvana ait hükmü, Saîd b. Cübeyr (rh.a.)'e sorduk. "Onu kesip yeyiniz" dedi.

Biz de aynı görüşteyiz. Çünkü kendisine bir sopa dürtülen hayvan, ölmeden kesilebilirse yenilmesi helâl olur. Çünkü Allahu Teâlâ bu durumdaki hayvanlardan boğazlananların etinin yenilebileceğini bildirmiştir.[155] Ayrıca kesildiği zaman boğazlanma ile amaçlanan "pis kanı akıtma" gerçekleşmiştir. Öte yandan bu rivâyet, deve kuşunun yenilebileceğine de delildir. [11/223]

Av köpeğinin yakaladığı avdan yemesi

İbn Abbas (r.a.)'a köpeğin öldürdüğü bir avın hükmü soruldu. O da; "Onu ye, ama ondan köpek yemişse yeme. Çünkü bu durumda o, kendisi için tutmuştur." dedi. Çünkü, köpek yemeyi terkedinceye kadar dövülerek eğitilir.

Bizim Hanefî âlimlerimiz (rh.a.) de bu görüşü alarak şöyle demişlerdir:

Köpek yakaladığı avdan yerse, o avın yenilmesi haramdır.

Mâlik (rh.a.), yakaladığı avın etinden yiyen köpekten kalanın yenilmesinin haram olmadığını söyler. Bu, Şâfiî (rh.a.)'den de bir rivâyettir.

Ebû Sa'lebe el-Huşenî (r.a.)'nin, köpeğin avı konusunda Peygamber (s.a.v.)'den rivâyet ettiği şu hadis bu görüşe delildir:

---

[152] "Ok" diye terceme ettiğimiz معراض "mi'râd" kelimesi, demiri olmayan oktur. Bazılarına göre de tüyü olmayan oktur.

[153] Ahmed b. Hanbel, Müsned, IV/377; Buhârî, Buyû' 3; Müslim, Sayd ve Zebâih 3; Ebû Dâvûd, Sayd 2; Tirmizî, Sayd 1; Nesâî, Sayd ve Zebâih 3; Zeylei, *Nasbu'r-râye*, IV/376.

[154] bkz. el-Mâide5/3

[155] bkz. el-Mâide, 5/3

كُلْ وَإِن أَكَلَ الْكَلْبُ مِنْهُ

"Ondan köpek yemiş bile olsa ye."[156]

Öte yandan, köpek yakaladığı avdan yerse o, avı değil eti yemiş olur. Çünkü o, önce av hayvanını öldürür ve bu hayvan artık av olmaktan çıkar. Köpeğin o hayvanın etinden yemesi, kalanını sahibine haram duruma getirmez. Nitekim boş bir yerde sahibini ararken av etinden kurutulmuş olanından yese, kalanı haram olmaz. Bu da onun gibidir.

Biz Hanefîlerin delili ise

فَكُلُوا مِمَّا أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ

"Sizin için yakaladıklarından yeyin" (el-Mâide, 5/4) âyetidir. Köpek avladığı hayvandan yer de doyuncaya kadar bırakmazsa, onu sahibi için değil kendisi için yakaladığı açığa çıkmış olmaktadır. Resûlüllah (s.a.v.), Adiy b. Hâtim (r.a.)'e söylediği

فَإِن أَكَلَ مِنْهُ فَلَا تَأْكُلْ . فَإِنَّمَا أَمْسَكَ عَلَى نَفْسِهِ

"eğer ondan yerse sen yeme. Çünkü o, kendisi için tutmuştur." [157] sözü de buna işaret etmektedir.

(Mâlik (r.a.)'in dayanmış olduğu) Ebû Sa'lebe hadisi sahih ise bunun, işaret edilen âyetin inmesinden önce söylendiğini daha sonra hükmünün kaldırıldığını söyleyerek yoruma tabi tutarız. Ya da Peygamber (s.a.v.)'in maksadı, köpek avladığı hayvanın kanını yaladığı zaman etinin yenilebileceğidir. Köpeğin yaptığı bu kadarcık bir hareket, biz Hanefîlere göre de onun etini haram duruma getirmez.

Öte yandan, köpeğin av hayvanını öldürmesi ile o hayvanın helâl oluşu, onun bu işi sahibinin yerine yapması itibarıyladır. Köpek avın etini yeyince bu anlam gerçekleşmemektedir. Çünkü bu durumda kendisi için çalıştığı açıktır. Bu da sanki sahibi hiç göndermemiş de köpek av bulup yakalamış gibi olur.

Doğan ile av yapmak

İbn Abbas (r.a.)'dan, avını öldürüp de yiyen avcı doğan kuşu hakkında "onun yakaladığını ye" dediği rivâyet edilmiştir.

İbn Abbas şöyle der: "Doğanın eğitilmesi, çağırdığın zaman sana gelmesidir. O yemeyi bırakıncaya kadar döverek eğitemezsin."

Biz Hanefîler de bu görüşü kabul ederiz.

---

[156] Abdurrezzak, *Musannef*, IV/474; İbn Ebû Şeybe, *Musannef*, IV/234; Ebû Dâvûd, Sayd 2; Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, IX/236; Zeyleî, *Nasbu'r-râye*, IV/369.

[157] Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, I/231; Buhârî, Zebâih ve Sayd 10; Ebû Dâvûd, Sayd 2; Tirmizî, Sayd 6; Nesâî, Sayd ve Zebâih 1; Zeyleî, *Nasbu'r-râye*, IV/248.

Şâfiî (rh.a.)'den gelen bir rivâyete göre de, köpek veya doğan yakaladıkları avın etinden yerlerse, o av yenilmez. Çünkü bu durumda bu hayvanlar, sahibi adına değil kendileri için tutmuşlar demektir.

Biz Hanefîlere göre avdan köpeğin yemesi ile doğanın yemesi arasında iki yönden fark vardır.

1- Köpeğin bedeni eğitim için dövmeye dayanıklıdır. Bu yüzden, avı yemeyi terketmesi için dövülerek eğitilmesi mümkündür. Doğanın yapısı ise, dövülmeye dayanıklı değildir. Söylediğimiz gibi, yükümlülük güce göredir.

2- Köpek insanlara alışıktır. Onun eğitilmişliğinin belirtisi, yaratılışına aykırı bir şeyi yapmasıdır. Sahibi çağırdığı zaman ona gelmesi, onun yaratılışına aykırı bir şey değildir. Dolayısıyla çağrıldığında gelmesi, onun eğitilmiş olduğuna delil olmaz. Ancak ihtiyacı olduğu durumda avı yemeyi terketmeyi bilmesi, onun eğitilmişliğine alâmet olur. Çünkü bu, onun yaratılışına terstir. Yakaladığı avdan yerse, o eğitilmiş sayılmaz. Oysa köpeğin yakaladığının yenilmesi için, onun eğitilmiş olması koşuldur. Doğan ise insanlardan kaçar. Sahibi çağırdığı zaman ona gelmesi, onun tabiatına aykırıdır. Dolayısıyla onun eğitilmişliğinin alâmeti, yakaladığı avın etini yememesi değil, sahibi çağırdığında ona gelmesidir. Doğan yakaladığı avın etinden yese bile, bununla onun eğitilmiş olmadığına hükmedilmez.

Köpekle doğan arasındaki bu fark, köpekle, pars ve kaplan arasında geçerli değildir. Çünkü bu hayvanlar doğan gibi vahşîdirler. Bu hayvanlarla köpeğe ait hüküm aynıdır. Güvenilir görüş öncekidir.

Yakaladığı avın etini yemeyen ama kanını içen köpeğin avladığı İbn Abbas (r.a.)'den gelen rivâyete göre yenilir. Biz Hanefîler de bu görüşü esas alırız.

[11/224] İbn Ebî Leylâ (rh.a.)'ya göre ise bu köpeğin avı haramdır. Çünkü avlanan hayvanın kanı, eti gibi onun bir parçasıdır. Köpeğin onun kanını içmesi, onu kendisi için avladığını gösterir.

Biz Hanefîler ise şöyle deriz: Köpeğin avladığı hayvanın kanını içmesi, onun eğitilmişlikteki maharetine delildir. Çünkü o, sahibinin rağbet etmeyeceği ve kendisini men etmeyeceği bir şeyi içmiştir. Onun rağbet edeceği şeyi de onun için tutmuştur. Bu, köpeğin eğitilmişliğine ve sahibinin ihtiyacı olan şeyi onun için tuttuğuna delildir. Dolayısıyla, etini yiyeninkinin aksine bu köpeğin avını yemek haram olmaz.

İbrahim en-Nehaî (rh.a.)'den mecûsînin (ateşe tapan) köpeğinin veya doğanının yakaladığı avın yenilebileceği rivâyet edilmiştir.

Çünkü av, köpeğin sahibine değil onu gönderene aittir. Köpeği gönderen de Müslümandır. Besmeleye ehildir. Köpek ise avlama âletidir. Müslümanın o âletle avlanması, âlet mecûsîye ait de olsa o avın helâl olmasını gerektirir.

Yine İbrahim (rh.a.)'den şöyle rivâyet edilmiştir: Bir kimse, köpeğini avın peşinden salsa ve onunla birlikte eğitimli olmayan başka bir köpek gitse, eğitimli köpeğin diğer köpekle birlikte getirdiği avın eti yenilmez. Biz Hanefiler de bu görüşteyiz.

Peygamber (s.a.v.)'in Adiy b. Hatim (r.a.)'e söylediği şu söz buna delildir:

وَإِنْ شَارَكَ كَلْبَكَ كَلْبٌ آخَرُ فَلَا تَأْكُلْ ، فَإِنَّكَ إِنَّمَا سَمَّيْتَ عَلَى كَلْبِكَ ، وَلَمْ تُسَمِّ عَلَى كَلْبِ غَيْرِكَ

"Senin köpeğine başka bir köpek ortak olmuşsa onu yeme. Çünkü sen kendi köpeğine besmele çektin, başkasının köpeğine değil." [158]

Öte yandan köpeği göndermek, avın helâl olma koşullarındandır. Bu koşul bulunmazsa avlanan hayvan haram olur. Bu meselede av, iki köpek tarafından yakalanmıştır. Kural gereği; helâl kılan bir şeyle haram kılan bir şey birleştiği zaman, haram kılan şey üstün tutulur. Çünkü Peygamber (s.a.v.) şöyle buyurmuştur:

مَا اجْتَمَعَ الْحَلَالُ وَالْحَرَامُ فِي شَيْءٍ إِلَّا غَلَبَ الْحَرَامُ الْحَلَالَ

"Bir şeyde helâl ve haram birleştiğinde, haram helâla üstün kılınır." [159]

İbn Mes'ud (r.a.)'un şöyle dediği rivâyet edilmiştir: "Bir kimse bir av hayvanına silah atar ve hayvan dağdan yuvarlanırsa onu yemesin. Çünkü ben, onu yuvarlanmanın öldürmüş olmasından korkarım. Bir kimse kuşa silah atar da, kuş suya düşerse onu yemesin. Çünkü ben, suda boğulmanın onu öldürmüş olmasından korkarım."

Biz Hanefilerin bu konudaki görüşü de aynen böyledir.

Peygamber (s.a.v.)'in Adiy b. Hatim (r.a.)'e söylediği şu söz buna delildir:

اذا وقعتْ رميتُك في الْماء فلا تأكل ، فإنّك لا تدري أنّ الْماء قتلهُ أوْ سهمك

"Avladığın av suya düşerse onu yeme. Çünkü sen, onu suyun mu okun mu öldürdüğünü bilmiyorsun." [160]

Öte yandan avın yuvarlanıp düşmesi, onun haram omasını gerektirir. Çünkü Allahu Teâlâ, yukarıdan yuvarlanıp ölen hayvanı, yenilmesi haram olan etler

---

[158] Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, VII/182; Buhârî, Zebâih ve Sayd 1, 9; Müslim, Sayd ve Zebâih 1; Nesâî, Sayd ve Zebâih 2; Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, III/143; Zeyleî, *Nasbu'r-râye*, IV/369.

[159] Abdurrezzak, *Musannef*, VII/199; Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, VII/169; Zeyleî, *Nasbu'r-râye*, IV/372; Aclûnî, *Keşfü'l-hafâ*, II/1183.

[160] Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, IV/378; Ebû Dâvûd, Sayd 2; Dârekutnî, *Sünen*, IV/294; İbn Hibbân, *Sahih*, XIII/192; Taberânî, *el-Mu'cemü'l-kebîr*, XVII/77; Zeyleî, *Nasbu'r-râye*, IV/375.

arasında saymıştır.[161] Helâlliği gerektiren şeyle, haramlığı gerektiren şey birleştiği zaman, haramlığı gerektiren üstün tutulur.

Havadaki kuşa silah atılıp da kuşun yere düşüp ölmesi buna benzemez. Çünkü bu kuşun, yere düşmenin etkisi ile ölme olasılığı varsa da onun eti yenilir. Çünkü bundan kaçınmak mümkün değildir, affedilir. Sorumluluk, güç yetirme ölçüsündedir. Suya düşmek veya yüksek bir yerden yuvarlanmak ise böyle değildir. Çünkü bunlardan kaçınmak mümkündür. Bu hükümde, su kuşu ile diğer kuşlar eşittir. Çünkü su kuşu, suda yaralı olmadan yaşar. Yaralandıktan sonra ise diğer kuşlarda olduğu gibi onu da suyun öldürmüş olma şüphesi vardır.

Bir koyunu boğazlayıp da, sonra onun suya düşmesi veya yüksek bir yerden yuvarlanması bunun aksinedir.

Çünkü koyunun nefes borusunu ve damarlarını kesmek, kesin bir boğazlamadır. Kuşkusuz kişi bu hareketiyle öldürmeyi ister. Daha sonraki şeyle değil. Silah atmak ise yerleşik bir boğazlama işi değildir. Nitekim kendisine silah atılan av, diri olarak avcının eline geçse, kesilmeden yenilmesi helâl değildir. Bundan dolayı, dağdan yuvarlanmak veya suya düşmek av hayvanını haram kılar. [11/225]

Abdullah b. Yezîd (r.a.)'in şöyle dediği rivâyet edilmiştir: Benim halkım çölde mızrağı dikerler, sabahleyin gidip bir sırtlanın öldüğünü görürlerdi. Bunu, Saîd b. Müseyyeb (r.a.)'e, sordum. Bana; "sen sırtlan yiyenlerdenmisin?" dedi. Ben; "ömrümde hiç yemedim" dedim. Yanında bulunan birisi şöyle dedi: "Ebû'd-Derdâ (r.a.) bize Resûlüllah (s.a.v.)'ın; kapıp kaçan, hedef yapılıp öldürülen ve köpek dişi olan kara hayvanlarının etini yemekten men ettiğini rivâyet etti." Bunun üzerine İbn. Müseyyeb; "doğru söyledin" dedi. Bu rivâyetten anlaşılıyor ki, sırtlanın eti yenilmez. Biz Hanefîler de bu görüşteyiz.

Şâfiî (rh.a.) ise, Câbir (r.a.)'in şu rivâyetine dayanarak, sırtlan etinin yenilebileceğini söyler. Cabir (r.a.)'e sırtlanın av hayvanı mı olduğu soruldu. O, "evet" karşılığını verdi. "Eti yenilir mi?" denildi. "Evet" cevabını verdi. "Bu, senin Resûlüllah'tan duyduğun bir şey mi?" denildi. Buna da; "Evet" dedi.[162]

Biz Hanefîlerin bu konudaki delilleri yukarıda geçen hadis ve İbn Abbas (r.a.)'tan rivâyet edilen şu hadistir:

أنَ رسُولَ اللهِ صلّى اللهُ عليه وسلّم نهى عنْ اكْلِ كُلّ ذي خطفةٍ ونُهبةٍ ومُجتَمَةٍ وعنْ كُلّ ذي نابٍ من السّباع

---

[161] bkz. el- Mâide, 5/3.

[162] Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, III/322; İbn Mâce, Sayd 15; Nesâî, Menâsikü'l-hac 89; Zeylei, *Nasbu'r-râye*, IV/260.

"Peygamber (s.a.v.) kara hayvanlarından bütün köpek dişi olanları ve kuşlardan pençesi olanları yemeyi yasak etti."[163] Sırtlanın köpek dişi vardır. Bu dişini kullanarak kavga eder. Dolayısıyla kurdun eti yenilmediği gibi, onunki de yenilmez. Sırtlan etinin, yiyene etkisi daha önce söylediğimiz gibi, onun pis oluşudur. Çünkü o başka canlılara zarar vermek ister ve ahmaktır. Bu yüzden ﴿ ويحرم عليهم الخبائث ﴾ *"Onlara pis şeyleri haram kılar"* (el-A'râf, 7/157) âyetinin kapsamına girer.

Câbir (r.a.)'in hadisi sahih ise şu şekilde yorumlanır: Bu hüküm İslam'ın ilk dönemlerinde idi. Bu âyetin inmesi ile kaldırıldı. Çünkü bunun haram olduğu dinen sabittir. Helâl olduğu yolundaki rivâyet, haramlığın sabit olmasından öncesine yorulur.

Biz Hanefîlere göre avlayan ihramlıya cezanın gerekmesi bakımından, sırtlanın av hayvanı olduğu konusunda görüş ayrılığı yoktur. Bu av hayvanıdır. Şâfiî (rh.a.)'ye göre eti de yenilir.

Ebû'd-Derdâ hadisindeki الخطف "kapmaktan" maksat, doğan, tavşancıl ve şahin gibi havada pençesi ile kapan kuşlardır. Yine bu rivâyetteki, kapma anlamına gelen النهبة "nühbe" den maksat da; aslan, kurt, pars ve kaplan gibi köpek dişi ile avlayanlardır. Bu iki yerdeki geçen ifadeler, onun haram oluş gerekçesine de işarettir. Yenilmek suretiyle bu kötü huyların yiyenlere geçmemesi istenmiştir.

Hedef tutulup öldürülen dediğimiz مجثمة sözcüğü, mecseme ve micseme şeklinde okunabilir.[164] "Mecseme" olması durumunda, köpeğin, üzerine çöküp, yaralamadan boğarak öldürdüğü hayvan anlamına gelir. Boğazlama anlamına gelecek bir şey bulunmadığı için bu avın eti haramdır. "Micseme" olması durumunda ise kurt, aslan ve pars gibi avların üzerine çöken hayvanlardır. Zaten bunların eti yenilmez.

"Kara hayvanlarından köpek dişi olanlar" ın anlamı; köpek dişi ile avlanan ve kendisini onunla savunan hayvanlardır. Aslında köpek dişi, tüm av hayvanlarında vardır. Anlıyoruz ki burada kastedilen, bizim söylediğimizdir.

İbrahim en-Nehaî (rh.a.)'nin şöyle dediği rivâyet edilmiştir: "Onlar (sahâbîler) pençeli kuşları ve leş yiyenleri mekruh görürlerdi."

Biz Hanefîler de aynı görüşü paylaşıyoruz.

Pençeli kuşlar

[11/226]

---

[163] Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, V/195; Zeyleî, *Nasbu'r-râye*, IV/260; Heysemî, *Mecmau'z-zevâid*, IV/55.

[164] Ebû'd-Derdâ'nın yukarıdaki rivâyetinde geçen; Ibn'l-Esîr'in en-Nihâyesine dayanarak "hedef yapılıp öldürülen" diye terceme ettiğimiz مجثمة (mecseme) kelimesi, burada المجثمة (el-mahtemetu) şeklinde verilmiş ve bu kelimenin farklı okunuşlarına göre anlamlar yüklenmiştir. Sözlüklerde kelimenin bu şekilde okunması durumunda buradaki anlamlara uygun bir anlama rastlanılamamıştır. Öyle olunca kelimenin doğrusunun, yukarıda geçtiği şekilde "mecseme" şeklinde olup, "mahteme" şeklindeki zabtın basım hatası olduğunu zannediyoruz.

Çünkü alaca karga gibi leş yiyen hayvanlar, yaratılıştan pistirler. Dolayısıyla ﴿ ويحرم عليهم الخبائث ﴾ *"Onlara pis şeyleri haram kılar"* (el-A'râf, 7/157) âyetinin kapsamına girerler.

Hişâm b. Urve (r.a.)'nin rivâyetine göre, babasına karganın yenilip yenilemeyeceği sorulmuş. O da; "Resûlüllah (s.a.v.) ona fasık dedikten sonra artık kim yer ki?!" cevabını vermiş. Urve (r.a.) bununla, şu hadisi kasdetmiştir:

خمس فواسق يقتلن في الحل والحرم ...

"Beş şey fasıktır. İhramlı birisi onları hem Hıl'de hem de Harem bölgesinde öldürür..." [165]

Peygamber (s.a.v.) kargayı da bu beş şey arasında saymıştır. Burada söz konusu edilen karga, leş yiyen kargadır.

Ama tane toplayan ekin kargası temizdir, mübahtır.

Çünkü o, tab'an pis görülmez. Güvercin gibi insana ısınabilir. Bu karga türü ile saksağan eşittir. Saksağan da yenilebilir.

Bazen leş, Bazen da tane yiyen kargayı yemek, Ebû Yusuf (rh.a.)'tan gelen rivâyete göre mekruhtur.

Çünkü bu hayvanda haram olmasını ve helâl olmasını gerektiren nedenler birleşmiştir.

Ebû Hanîfe (rh.a.)'den gelen rivâyete göre ise bunu yemekte bir sakınca yoktur.

Tavuğa kıyas edilerek bunun daha doğru olduğu söylenebilir. Çünkü tavuğu yemekte sakınca yoktur. Resûlüllah (s.a.v.) tavuğu yemiştir. Oysa o da bazen pislik karıştırır. Bu hükmün gerekçesi şudur: Leş yiyen hayvanın eti haram maddeden meydana gelir. Dolayısıyla âdeten pis ve çirkin olur. Bu özellik, karıştıranlarda yoktur.

Boğazlanan hayvanın iliğini kesmek

Saîd b. el-Müseyyeb (r.a.)'den rivâyet edildiğine göre Peygamber (s.a.v.) koyun boğazlandığında iliğinin kesilmesini yasaklamıştır. Biz Hanefîler de bu görüşteyiz.

Bunun anlamı; koyunu kesen kişinin, bıçağı kemiğin içindeki beyaz iliğe kadar sokup kesmemesidir. Bu iliğin kesilmesinde, hiç ihtiyaç olmadığı durumda hayvana fazladan bir eziyet çektirme vardır. Oysa dinimiz, bunu yasak etmiştir. Bu konunun delili, Ebû'l-Eş'as es Sıbğânî (r.a.)'nin şu hadisidir: Peygamber (s.a.v.) şöyle buyurdu:

---

[165] Ahmed b. Hanbel, Müsned, VI/97; Müslim, Hac 67; İbn Mâce, Menâsik 91; Nesâî, Menâsikü'l-hac 113; İbn Hibbân, *Sahih*, XII/448; Zeylei, *Nasbu'r-râye*, III/138.

إن الله تعالى كتب الإحسان على كل شيء ، فإذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة ، وإذا قتلتم فأحسنوا القتلة ، وليحد أحدكم شفرته ، وليرح ذبيحته

"Şüphesiz Allahu Teâlâ her şeye iyilik yapmayı farz kıldı. Bir hayvan kestiğiniz zaman güzel kesiniz. Öldürdüğünüz zaman öldürmeyi güzel yapınız. Sizden hayvan kesen, bıçağını keskinleştirsin, keseceği hayvana rahat ettirsin."[166]

İliği kesmek, ona iyi davranmak olmadığı için yasaklanmıştır. Ömer ve İbn Ömer (r.a.)'den bunun mekruh olduğu rivâyet edilmiştir. Hatta Ömer (r.a.) şöyle demiştir: "Hayvanı kesileceği yere bacağından sürümeyin. Bıçağı bileyin. Boyundaki damarlar üzerine süratli sürün."[167]

Mekhûl (r.a.)'den rivâyet edildiğine göre "Resûlüllah (s.a.v.) hayvan kestiği zaman iliğini kesmezdi. Koyun soğuyuncaya kadar yüzmeye başlamazdı." Bu rivâyet, kişinin kendi hayvanını kendisinin kesmesinde bir sakınca bulunmadığını göstermektedir. Hayvan kesmek, şefkat gösterisinde bulunan cahillerin dediklerinin aksine merhametsizlik değildir. Yine bu rivâyet, hayvan kesen kişinin, hayvana gereksiz yere eziyet vermekten kaçınması gerektiğini göstermektedir.

İkrime (r.a.)'nin şöyle dediği rivâyet edilmiştir: Resûlüllah (s.a.v.) koyunu yatırıp, o bakarken bıçağını bileyen bir adama baktı ve

Kesilecek hayvana iyi muamelede bulunmak

أردت أن تميتها موتات

***"Onu birkaç defa mı öldürmek istiyorsun?"* buyurdu.**[168]

Biz Hanefîler de aynı görüşü benimseyerek kesilecek hayvanın önünde bıçak bilemenin mekruh olduğunu söyleriz.

Çünkü bu işlemde hiç gerek yokken fazladan eziyet çektirme vardır.

Ömer (r.a.) böyle yapan bir adam gördü ve ona kırbacı ile vurdu. Adam kaçtı, koyun da kurtulup gitti.

Resûlüllah (s.a.v.), bir koyunu kulağından tutup kesileceği yere çeken bir adam gördü ve "*Onu ölüme yumuşak bir şekilde sürükle*" buyurdu. Diğer bir rivâyette de, "*Onu bacağından tut, şüphesiz Allahu Teâlâ merhametli kullarına merhamet eder* " buyurdu. **[11/227]**

Bunun nedeni şudur; bir hadiste belirtildiğine göre hayvan kendisine ne yapılmak istendiğini bilir.

---

[166] Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, IV/124; Tirmizî, Diyât 14; Nesâî, Dahayâ 22; Taberânî, *el-Mu'cemü'l-kebîr*, VII/274; Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, IX/280; Zeyleî, *Nasbu'r-râye*, IV/254.

[167] Abdurrezzak, *Musannef*, IV/493.

[168] Abdurrezzak, *Musannef*, IV/493; Hâkim, *Müstedrek*, IV/257, 260; Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, IX/280; Zeyleî, *Nasbu'r-râye*, IV/255.

"Hayvanlar ancak şu dört şeyi bilirler; kendisini yaratanı, besleyeni, öldüreni, ve dölleyeni." Hayvan bunları bildiğine göre, kasap onun önünde bıçağını bilerse ona fazladan eziyet etmiş olur. Bıçağını hiç bilemeden kesmesi de böyledir.

Bununla birlikte böyle yapılarak kesilen bir koyun haram olmaz.

Çünkü boğazlamakta hedeflenen, pis kanı akıtma gerçekleşmiştir. Buradaki yasak, yasaklanan şeyin dışındaki bir özellikten dolayıdır. Bu yüzden hayvanın haram olmasını gerektirmez.

Hayvan kesiminde diş ve tırnak kullanmak

Râfi' İbn Hadîc (r.a.)'den Peygamber (s.a.v.)'in şöyle buyurduğu rivâyet edilmiştir:

مَا أَنْهَرَ الدَّمَ وَافْرِ الْأَوْدَاجَ فَكُلْ مَا عَدَا السِّنَّ وَالظُّفُرَ وَالْعَظْمَ فَإِنَّهَا مُدَى الْحَبَشَةِ

"Diş, tırnak ve kemiğin dışında kanı akıtan ve damarları kesen (şeylerle kesileni) ye. Çünkü onlar Habeş'lilerin bıçağıdır."[169]

Bu hadisten maksat, kesme âletini bildirmektir. Bu hadis, kesme âletinin kan akıtacak ve damarları kesecek derecede keskin olmasının gerekli olduğuna delildir. Buradaki "damarlar" dan maksat; nefes borusu, yemek borusu ve boynun iki kenarındaki ana damarlardır. Bundan anlaşılıyor ki, hayvanı boğazlamakla istenilen şey, kanı akıtmak suretiyle temizini pisinden ayırmaktır.

Hadiste kesme âletlerinden istisna edilen diş ve tırnaktan maksat bedene bitişik olanlardır. Çünkü kişi, dişini veya tırnağını kullanarak keserse, boğazlamış olmaz öldürmüş olur. Çünkü bedene bitişik olan diş ve tırnak, kesen kişinin bir parçasıdır. Oysa kesme âleti kesenden başkasıdır. Damarların bunlarla koparılması, onların keskinliğinden değil, kuvvetle basmaktan dolayıdır. Nitekim Peygamber (s.a.v.) "*Bunlar Habeş'lilerin bıçağıdır*" buyurmuştur. Çünkü onlar hayvanları, kendi dişleri ve tırnakları ile kesmeyi âdet edinmişlerdir. Böyle bir kesimin haram olduğunda görüş birliği vardır.

Yerinden ayrılmış olan diş, tırnak ve keskinleştirilmiş kemikle kesilenin hükmü konusunda farklı görüşler vardır. İnşallah ilerde bunları açıklayacağız.

Dilsizin yaptığı kesim

Âmir (r.a.) şöyle demiştir: Müslüman veya ehli kitap'tan olan dilsizin kestiği yenilir. Hanefîlerde aynı görüştedir.

Çünkü dilsizin işareti ve dudaklarını oynatması, konuşabilenin besmele çekmesi yerine geçer. Nitekim dilsiz bu hareketi ile tekbir almış sayılarak namaza başlar. Hayvan kesmeye ehil olmak, kesenin içtenlikle Allah'ın adını anmaya ehil olmasıdır. Bu da onun tek Allah inancına bağlı olması iledir. Dilsiz de buna inanmaktadır. Bundan sonra haram olan, besmeleyi terketmektir. Dilsizin besmeleyi terketmesi söz konusu değildir. Onun besmeleyi çekememekteki özrü,

[169] Buhârî, Zebâih ve Sayd 36, 37; İbn Mâce, Zebâih 5; Taberânî, *el-Mu'cemü'l-kebîr*, IV/273; Zeyleî, *Nasbu'r-râye*, IV/252.

unutarak terkedenin özründen daha güçlüdür. Unutma özrü ile besmele terkedilmiş sayılmayınca, dilsizlik özrü ile öncelikle terkedilmiş sayılmaz.

Başı koparılan hayvanın eti yenir mi?

Ali (r.a.)'den rivâyet edildiğine göre; bir kimse, kestiği koyunun veya kuşun başını koparırsa o hayvanın etini yemekte bir sakınca yoktur. Yine Ali'nin "bu sür'atli bir kesiştir" dediği rivâyet edilmiştir.

Imran b. Husayn (r.a.)'dan rivâyet edildiğine göre; kendisine, boynuna kılıçla vurulup öldürülen bir ördeğin yenilip yenilemeyeceği sorulmuş, o da yenilir demiştir. Hanefîler de bu görüşü benimsemişlerdir.

Çünkü bu kişi, nefes borusu ve damarları kesmekle ihtiyaç duyulan bir şeyi yapmış, hatta biraz da ileri gitmiştir. Ancak yemek borusu tarafından başlamış ve kelleyi ayırıncaya kadar kesmeye devam etmiştir. Bunun yenilmesinin mübah oluşunda hiç kuşku yoktur. [11/228]

Ama yapılan iş mekruhtur.

Çünkü bu gereksiz yere fazladan eziyet vermektir.

Hayvanın boynunu kesmeye enseden başlarsa; koyun ölmeden önce nefes borusunu ve can damarlarını keserse eti helâldir. Fakat nefes borusu ve can damarları kesilmeden ölürse o et yenmez.

Çünkü güç yetirildiği zaman boğazlama, nefes borusu ve can damarlarını kesmekle olur. Dolayısıyla koyun, dinen boğazlama olmayan bir fiille ölürse bu, haram olmasını gerektirir. Nefes borusu ve can damarlarının, koyun ölmeden önce kesilmesi ise böyle değildir.

Kesim usulü

Saîd b. el-Müseyyeb (rh.a.)'den rivâyet edilmiştir ki, الذَّكَاةُ مَا بَيْنَ اللَّبَّة وَالْمَحِيض **, hayvan çenesi ile gerdanı arasından kesilir.[170] Hanefîler de bu görüştedir.**

Bu söz, Peygamber (s.a.v.)'den rivâyet edilmiştir. Bu, bir hayvanın normal durumlarda kesileceği yerdir. Bu söz, boğazın alt kısmı, ortası ve üst kısmının eşit olduğunun delilidir. Çünkü hayvanı kesmekten istenilen şeyi elde etmede boğazın her tarafı eşittir.

Kesim sırasında yalnızca Allah'ın adının anılması

İbrahim en-Nehaî (rh.a.) şöyle demiştir "Bir hayvan kestiğin zaman, Allah'ın adı ile birlikte başkasının adını anma."

İbn Mes'ud (rh.a.)'dan da şu söz rivâyet edilmiştir: : جَرِّدُوا تَسْمِيَةً عِنْدَ الذَّبْحِ *"Hayvan keserken, besmelenin yanında başka bir şey söylemeyiniz."*[171]

Bu konuda delil şu âyettir:

---

[170] Buhârî, Zebâih ve Sayd 24; İbn Mâce, Zebâih 9; Ebû Dâvûd, Zebâih 16; Tirmizî, Et'ime 5; Nesâî, Dahâyâ 25; Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, IX/278; Zeyleî, *Nasbu'r-râye*, IV/250.

[171] Zeyleî, *Nasbu'r-râye*, IV/249.

﴿ فلا تَدْعُوا مع الله أحدا ﴾

"Allah'la birlikte kimseye yalvarmayın." (el-Cinn, 72/18)

Câhiliye dönemindeki insanlar hayvan keserken Allah (c.c.) ile birlikte kendi putlarının da isimlerini anarlardı. İslam bunu şu âyetle yasakladı:

﴿ وما أُهِلَّ به لغَيْرِ الله ﴾

" Ve Allah (c.c.)'tan başkası adına kesilen haram kılındı." (el-Bakara, 2/173)

Hayvan keserken müşriklere karşılık, içtenlikle Allah'ın adının anılmasını emretti.

Allah'ın adı ile birlikte başkalarının adının anılması uygun olmaz. Eğer dua etmek isterse; اللهم تقبل من فلان *"Allahım! Falandan kabul et"* der. Bu duayı, hayvanı kesmeden önce veya sonra söylemesi gerekir. Fakat dua etmeyecekse, AllahU Teâlâ'nın adı ile birlikte başka birisinin adını anmaz.

Peygamber (s.a.v.) ümmeti için kurban kestiğinde şöyle demiştir:

هذا عمّن شهد لي بالبلاغ إلى يوم القيامة

"Bu kıyamete kadar benim dini tebliğ ettiğime tanıklık edenler içindir."[172] Resûlüllah bu sözü, keserken değil kestikten sonra söylemiştir.

Zorunlu kesim

Râfî b. Hadîc (r.a.)'in şöyle rivâyet edilmiştir: Zekât develerinden birisi azıp kaçtı. Bir adam besmele çekip ok attı ve onu öldürdü. Peygamber (s.a.v.) şöyle buyurdu:

إِنَّ لَهَا أَوَابِدَ كَأَوَابِدِ الْوَحْشِ ، فَإِذَا غَلَبَكُمْ مِنْهَا شَيْءٌ فَافْعَلُوا بِهِ هَكَذَا

"Şüphesiz bunların da yabanî hayvanların vahşîleri gibi vahşîleri vardır. Böyle bir şey yaparsa, şu yaptığınız gibi yapın sonra da onu yeyin."[173]

Biz Hanefîler de bu hadisi delil alırız. Bir hayvanın ihtiyârî (normal yollarla) kesme yoluyla helâl etmenin imkansız olması durumunda, zorunlu (ızdırârî)[174] kesimle helâl olduğunu söyleriz.

---

[172] Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, VI/391; Taberânî, *el-Mu'cemü'l-kebîr*, I/311; Hâkim, *Müstedrek*, II/425; Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, IX/259; Tahâvî, Şerh-u maâni'l-âsâr, IV/177; Zeyleî, *Nasbu'r-râye*, IV/249.

[173] Buhârî, Şirket 16; Müslim, Edâhî 20; İbn Mâce, Zebâih 9; Ebû Dâvûd, Zebâih 15; Tirmizî, Sayd 19; Nesâî, Sayd ve Zebâih 17; Heysemî, *Mecmau'z-zevâid*, IV/45.

[174] Bir hayvanı boğazından, yani kesilmesi gereken yerden kesme imkanı varsa oradan kesilir. Buna zebh-i ihtiyârî deniiir. Bu şekilde kesme imkanı varsa başka türlü öldürülmesi durumunda eti helâl olmaz. Av hayvanı olması, ehlî olduğu durumda vahşîleşip kaçması, kuyuya düşüp de normal yollarla kesilememesi gibi durumlarda herhangi bir yerinden yaralanarak öldürülmesine de zebh-i ızdırârî denilir. Ve zorunluluktan dolayı bu şekilde öldürülen hayvanların eti yenilir.

Izdırârî kesiş, denk getirebildiği bir yerden yaralayarak öldürmektir.

Peygamber (s.a.v.)'in; *"Onların da yabanî hayvanlar gibi vahşîleşenleri vardır"* sözünün anlamı, bu hayvanlarda da vahşilik ve insanlardan kaçma özelliği vardır demektir. Ancak, insanlara ülfeti daha fazladır. Vahşîleştiği zaman, vahşî hayvanlar grubuna girer. Vahşî hayvanlarda üstün olan özellik ise, insanlardan kaçma ve saldırganlıktır. Böyle bir hayvan insanlara alıştığı zaman, o da ehlî hayvanlar sınıfına girer. Hadiste geçen sadaka develerinden maksat; ya zekat olarak toplanan develer veya kesilip yoksullara yedirilmek üzere tutulan develerdir. Bu âdet, Peygamber (s.a.v.) ve râşit halîfeler döneminde yaygın bir örftü.

Utâbe b. Râfî' İbn Hadîc (r.a.)'den şu rivâyet edilmiştir: Bir deve Medîne'de bir nehre düştü. Hemen böğrü tarafından vurulup öldürüldü. Abdullah b. Ömer (r.a.) iki dirheme onun kara ciğerini satın aldı. Bu olay, normal yollarla kesmenin imkansız olması durumunda, zorunlu şekilde kesilenin helâl olduğuna delildir. Hayvanı bu şekilde kesme zorunluluğunun onun vahşîleşmesinden dolayı olması ile bir uçuruma düşmesi gibi bir nedene dayanması arasında fark yoktur. Abdullah b. Ömer (r.a.) zühd sahibi bir kimse olmasına rağmen ondan satın almaya rağbet etmiştir. **[11/229]**

İbrahim (rh.a.)'den şöyle rivâyet edilmiştir: Bir deve bir kuyuya düşse ve onu boynundan kesme imkânı bulamasalar, onun için şer'î boğazlanma, imkan bulunan yerden kesilmesidir. Bu ifade biçimi, devenin boynun göğüs tarafından, koyun ve sığırın da çene tarafından kesilmesinin sünnet olduğuna delildir.

Bu şu âyetlerde de görülmektedir:

﴿ فصلِّ لربِّك وانحر ﴾

"Rabbin için namaz kıl ve kurban kes." (el-Kevser, 108/2)

﴿ إنّ الله يأمرُكم أن تذبحوا بقرةً ﴾

"Allah (c.c.) *size bir sığır kesmenizi emrediyor."* (el-Bakara, 2/67)

﴿ وفديناه بذبحٍ عظيمٍ ﴾

"Biz oğluna bedel ona büyük bir kurban verdik." (es-Sâffât, 37/107)[175] Bu âyette kastedilen koyundur.

---

[175] Bu âyetlerden ilkinde "kurban kesmek" anlamında, boynun göğüse yakın kısmından kesmek için kullanılan "nahr" fiili kullanılmıştır. Bu, devenin kesilmesine mahsustur. İkinci âyette sığırın kesilmesi, boynun üst kısmından kesilmesi için kullanılan "zebh" fiili ile, üçüncü âyette de İsmail (a.s.)'ın yerine kurban edilmek üzere gönderilen koç, yine boynun üst tarafından kesmek için kullanılan "zebh" fiilinden türeyen "zebh" kelimesi ile ifade edilmiştir.

نحرنا البدنة على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم عن سبعة ، والبقرة عن سبعة "*Biz Peygamber* (s.a.v.) *zamanında yedi kişi için bir deve ve yedi kişi için bir sığır keserdik.*"[176] hadisindeki "sığır nahr etmekten" maksat, sığırı boynun üst kısmından kesmektir. Bu tür söz söyleme biçimleri arap dilinde hayli yaygın olarak kullanılır. Meselâ "hayvana saman yedirdim ve soğuk su içirdim" anlamında olmak üzere, görünen anlamı "hayvana saman ve soğuk su yedirdim" anlamına gelen علفتها تبنًا وماءً باردًا denilir.

Ali (r.a.)'nin şöyle dediği rivâyet edilmiştir:

ذكاة السمك والجراد أخذه

Balık ve çekirgenin yenilme koşulu

"Balığın ve çekirgenin boğazlanması, onu yakalamaktır."[177]

Bundan maksat, onların yenilmeleri için kesilmelerine gerek olmadığını, bunları ele geçirmekle yenilmelerinin helâl olduğunu bildirmektir. Görmez misin bunları mecûsî (ateşe tapan) veya putperest birisi alsa yine yenilirler.

Yenilmesi için kesilmesi koşul olan hayvanları kesmek için kesen kişinin ehliyet sahibi olması koşuldur. Oysa çekirge ve balık için bu koşul konulmamıştır. Bundan anlıyoruz ki bunların kesilmeleri koşul değildir. Nitekim Peygamber (s.a.v.) şöyle buyurmuştur:

أحلت لنا ميتتان ودمان أمَّا الميتتان فالسمك والجراد ، وأمَّا الدمان فالكبد والطحال

"Bizim için iki ölü ve iki kan helâl kılınmıştır; ölüler çekirge ve balık. Kanlar da kara ciğer ve dalak."[178]

Ali (r.a.)'ye; arasında ölüleri de bulunan çekirgeler toplandığında bunların yenilip yenilmeyeceği sorulmuş o da; "onu ye, onu ye" demiştir. Diğer bir rivâyete göre de, "hepsini ye" demiştir.[179] **Hanefîler de bu görüştedirler.**

Çekirge ölü olarak da bulunsa yenilmesinde bir sakınca yoktur. Çünkü ölümü için mutlaka bir neden gerekir. Çekirgenin aslı denizde, yaşaması karadadır. Denildiğine göre balık yumurtasından su çekildiği zaman o çekirge olur. Çekirge karada öldüğü zaman, asıl yerinden başka bir yerde ölmüş demektir. Denizde öldüğünde de yaşadığı yerden başka bir yerde ölmüştür. Bu, onun ölüm nedenidir.

---

[176] Ahmed b. Hanbel, Müsned, III/293; Müslim, Hac 350; İbn Mâce, Edâhî 5; Ebû Dâvûd, Dahâyâ 7; Tirmizî, Savm 66; İbn Hibbân, *Sahih*, IX/317; Tahâvî, Şerh-u maâni'l-âsâr, IV/175; Zeyleî, *Nasbu'r-râye*, IV/274.

[177] İbn Ebû Şeybe, *Musannef*, II/248.

[178] Müsnedü'ş-Şâfiî, I/340; Ahmed b. Hanbel, Müsned, II/97; İbn Mâce, Et'ime 31, Sayd 9; Dârekutnî, *Sünen*, IV/271; Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, I/254; Zeyleî, *Nasbu'r-râye*, IV/269.

[179] Bu anlamlardan her ikisi de, كلْهُ كلْهُ şeklindedir. Ancak metindeki anlamlardan birincisi, "külhü, külhü"sözünün, ikincisi ise "külhü küllehü" sözünün anlamıdır.

Çekirgenin yenilmesinin helâl olduğunun delili şudur: Meryem (r.a.) yumuşak et istemiş ve kendisine rızık olarak çekirge verilmiştir.

Hz Ömer (rh.a.) çekirge yemeyi çok severdi. Hatta bir gün; "bir tas çekirge olsa da yesek ne güzel olur" demiştir.

Sazan balığı

Rivâyet edildiğine göre Amre şöyle denilmiştir: Cariyemizle birlikte çıktık ve bir ölçek buğdaya bir sazan[180] balığı satın aldık. Onun başı sepetin bir tarafından kuyruğu diğer tarafından çıkıyordu. Ali (rh.a.) ile karşılaştık. Bizim balığı kaça satın aldığımızı sordu, söyledik. Bize, "O ne kadar güzel, ne kadar ucuz! Ailene bol bol yedir" dedi. Bu hadis sazan balığının[181] yenilebileceğine delildir. Hanefîler bu görüştedirler.

Rivâyet edildiğine göre, İbn Abbas (r.a.)'a, sazan balığının hükmü sorulmuş o da şöyle demiştir: "Biz bunda bir sakınca görmüyoruz. Ehli kitap ise bunu mekruh görürler."

Kahrolası Râfizîler de kitap ehlinin görüşünü alırlar ve sazan balığının haram olduğunu söylerler. Onlar, Ali (r.a.)'nin de kendileri gibi düşündüğünü söylerler. [11/230]

Kitap ehlinden olanlar, sazan balığının insanken şekil değiştirdiğini iddia etmişlerdir. Ama bu, geçersiz bir iddiadır. Çünkü şekil değiştiren canlıların nesli olmaz. O üç günden fazla kalmaz. Oysa sazan balığı bir balık türüdür. Balığın her çeşidi yenilir.

Onun helâlliği hem kitap, hem de sünnetle sâbittir.

Allahu Teâlâ şöyle buyurmaktadır:

﴿ أُحِلَّ لَكُمْ صَيْدُ الْبَحْرِ ﴾

"Sizin için deniz avı helâl kılındı." (el-Mâide, 5/96)

Peygamber (s.a.v.) de şöyle buyurmuştur:

أُحِلَّتْ لَنَا مَيْتَتَانِ وَدَمَانِ أَمَّا الْمَيْتَتَانِ فَالْسَمَكُ وَالْجَرَادُ ، وَأَمَّا الدَّمَانِ فَالْكَبِدُ وَالطِّحَالُ

"Bizim için iki ölü ve iki kan helâl kılınmıştır; ölüler çekirge ve balık. Kanlar da kara ciğer ve dalaktır."[182]

---

[180] Sazan balığı diye çevirdiğimiz kelime metinde جري şeklindedir. Aslında bu kelimenin sözlükteki anlamı uzman, beceriklidir. Hiçbir sözlükte balık anlamına geldiğinden bahsedilmemektedir. Oysa müellif birkaç satır sonra bu kelimenin bir çeşit balık anlamında olduğunu söylemektedir. Kanaatimizce kelime aslında جريث (sazan balığı) dır. جريث şeklindeki yazılış bir yazım hatası olmalıdır.

[181] Metinde "çekirge" denilmekle birlikte kanaatimizce bu "sazan balığı" şeklinde olmalıdır.

[182] Müsnedü'ş-Şâfiî, I/340; Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, II/97; İbn Mâce, Et'ime 31, Sayd 9; Dârekutnî, *Sünen*, IV/271; Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, I/254; Zeyleî, *Nasbu'r-râye*, IV/269.

Bu hadis, bir erkeğin ihtiyaç olmadan da yabancı bir kadınla konuşabileceğine delildir. Çünkü bu, kişiye yararı bulunmayan işler türünden değildir. Kişiyi ilgilendirmeyen söz, söylenilmesi yasaklanan sözdür ki onu konuşan günaha girer.

İbrahim en-Nehaî (rh.a.)'nin şöyle dediği rivâyet edilmiştir: "Balığın derisi ne kadar güzel!" Denildiğine göre balığın en güzel yeri, kuyruğudur.

Rivâyet edildiğine göre;

Çoban güttüğü hayvanların sütünden içebilir mi?

Siyah bir köle İbn Abbas (r.a.)'a geldi ve: "Ben sahibime ait bir koyun sürüsünü sürüyorum, yolcuyum. Onların izni olmadan koyunların sütünden içebilir miyim?" dedi.

İbn Abbas (rh.a.): "Hayır" dedi.

Köle: "Ben ava ok atıyorum. Bazen vuruyorum ve düştüğü yeri görüyorum. Bazen da gözden kayboluyor. Ne yapayım?" dedi.

İbn Abbas (rh.a.) "Gördüğünü ye, gözünden kaybolanı bırak" cevabını verdi.

Hanefîler de aynı görüştedirler.

Ancak onlara göre, gözden kaybolandan maksat, vurduktan sonra peşine düşülmeyen avdır. Ama avcı avı vurduktan sonra aramaya başlar da sonra bulursa haram olmaz. Çünkü avda kaçınılması imkansız olan şeyler affedilir.

Hadisten anladığımıza göre çoban, hayvan sahiplerinin izni olmadan koyunların sütünden içemez. İbn Abbas (rh.a.) bunu yasaklamıştır. Çünkü çobanın görevi, hayvanları otlatmak ve korumaktır. Sütünü içmek ise, bağış sayılır. Sahiplerinin izni olmadan çobanın buna yetkisi yoktur.

Peygamber (s.a.v.)'in bir çobana rastladığı ve ondan süt sağıvermesini istediği rivâyetine gelince; bu hadis şu şekilde yorumlanır: Bu çoban, kendi koyunlarını güdüyordu. Veya sahibi tarafından izin verilmişti. Resûlüllah (s.a.v.) da bunu biliyordu. Görmez misin Resûlüllah bir hadisinde;

لا يحلُّ مالُ امرئٍ مُسلمٍ إلّا بطيبةٍ نفسٍ منهُ

"Bir Müslümanın malı, ancak onun gönül rızasıyla helâl olur" buyurmuştur.[183]

Tavşan eti yenilir mi?

Musa İbn Talha (r.a.)'dan şöyle rivâyet edilmiştir:

أعرابيًا أهدى إلى رسولِ اللهِ صلّى اللهُ عليه وسلّم أرنبًا مشويّةً قال . لأصحابه كُلوا قال الأعرابيّ إنّي رأيتُ دمًا قال رسولُ اللهِ صلّى اللهُ عليه وسلّم : ليس بشيءٍ ، وقال

[183] Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, V/72, 113; Dârekutnî, *Sünen*, III/25, 26; Beyhakî, *es-Sünenü'l*-kübrâ, VI/100; Tahâvî, *Şerh-u maâni'l-âsâr*, IV/241; Zeyleî, *Nasbu'r-râye*, IV/223.

لِلأعرابي إذن فكُل فقال إني صائم . قال صوم مماذا ؟ قال صوم ثلاثة أيام من كل شهر . فقال هلا جعلتها بيض

Bir bedevî Peygamber (s.a.v.)'e, kızartılmış bir tavşan hediye etti.

Peygamber (s.a.v.) sahâbîlerine "yiyiniz" buyurdu.

Bedevî: "Ben onda kan gördüm" dedi.

Peygamber: "Önemli değil, ye" dedi.

Bedevî: "Ben oruçluyum" dedi.

Peygamber: "Bu ne orucu?" diye sordu.

Bedevî: "Her aydan üç gün oruç" dedi.

Peygamber: "Onu dolunay (ayın 14, 15 ve 16.) günlerinde tutsana!" buyurdu.[184]

Biz Hanefîler bu hadisi delil almakta ve tavşanın etinin yenilebileceğini söylemekteyiz.

Resûlüllah (s.a.v.) hediye tavşanı kabul etmiş, ondan yemiş ve sahâbîlere (r.a.) de yemelerini emretmiştir.

Bedevînin "ben onda kan gördüm" demekten maksadı; Arapların cahillerinin tavşanın da kadın gibi âdet gördüğü yolundaki inanışlarıdır. Peygamber (s.a.v.) "bu birşey değil" derken bunu açıklamıştır.

Bu hadis, hediye eden kişinin, kendi hediyesinden yemesinin caiz olduğuna da delildir. Çünkü, en güzel ahlâkı tamamlamak üzere gönderilen Peygamber (s.a.v.) bedevîyi, getirdiği tavşanından yemeye davet etmiştir. Onun, bir kimseyi ahlâka aykırı olan bir şeye davet etmesi düşünülemez. **[11/231]**

Hadisin gösterdiği başka bir şey de şudur: Oruçlu bir kimse yemeğe davet edilirse, yemek istemeyip, "ben oruçluyum" demesinde sakınca yoktur. Çünkü hadiste söz konusu olan kişi bunu söylemiş ve Resûlüllah (s.a.v.) ses çıkarmamıştır. Aksine, onun tuttuğu orucun ne orucu olduğunu sormuş, bedevî de her ay tuttuğu üç gün oruç olduğu karşılığını vermiştir. Resûlüllah (s.a.v.) bunu teşvik etmiş ve

الحسنة بعشر أمثالها صوم ثلاثة أيام من الشهر كصوم جميع الشهر

"İyi ameller on katı ile mükâfatlandırılır. Her ay üç gün oruç tutmak tüm ay oruç tutmak gibidir" buyurmuştur.[185]

---

[184] Ebû Ya'lâ, Müsned, III/186; Heysemî, *Mecmau'z-zevâid*, IV/49.

[185] Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, V/27; Buhârî, Ehâdîsü'l-enbiyâ 37; Müslim, Sıyâm 35; İbn Mâce, Sıyâm 29.

Bu hadis ayrıca her ay tutulan üç gün orucun en faziletlisinin, dolunay günlerindeki oruç olduğunu göstermektedir. Çünkü Peygamber (s.a.v.) "*Onu dolunay günlerinde tutsaydın ya!*" buyurmuştur. Dolunay günleri; ayın 14, 15 ve 16. günleridir. Bu gecelerde ay akşamdan sabaha kadar görüldüğü için "biyd (beyazlık) günleri" denilmiştir. Sanki beyazlıkta gece gündüze eşittir.

Rivâyete göre; Âdem (a.s.) işlediği zelle yüzünden yer yüzüne indirilince bedeni buz rengine döndü. Ayın 14. günü oruç tuttu bedeninin üçte biri beyazlaştı. 15. gün tuttu ikinci üçte biri ağardı. 16. gün de tutunca bedeninin tamamı ağardı. Eski rengi geri geldi. İşte bu üç güne bundan dolayı biyd (beyazlık) günleri denilmiştir.

Keler yenir mi?

Rivâyet edildiğine göre Ayşe (r.a.)'ye bir keler hediye edildi. O bunun yenilip yenilemeyeceğini Resûlüllah (s.a.v.)'e sordu. Peygamber (s.a.v.) bunu mekruh gördü. Az sonra bir dilenci geldi, Ayşe ona vermek istedi.

Peygamber (s.a.v.); أَتُطْعِمِينَ مَا لَا تَأْكُلِينَ **"Kendin yemediğin şeyi mi ikram ediyorsun?" buyurdu.**[186]

Hanefîler bu hadisi alarak keler yemenin helâl olmadığını söylerler.

Şâfiî (rh.a.)'ye göre ise keler helâldir. Delili şu hadislerdir:

İbn Ömer (rh.a.)'den rivâyet edildiğine göre; Peygamber (s.a.v.)'e kelerin yenilip yenilemeyeceği soruldu. O da: لَمْ يَكُنْ مِنْ طَعَامِ قَوْمِي فَأَجِدُ نَفْسِي تَعَافُهُ فَلَا أُحِلُّهُ وَلَا أُحَرِّمُهُ *"Keler benim kavmimin yediklerinden değildir. Bu nedenle gönlüm çekmiyor. Helâl de demem haram da"* buyurdu.[187]

İbn Abbas (rh.a.) şöyle demiştir: Resûlüllah (s.a.v.)'ın sofrasında keler yenildi. Yiyenler arasında Ebûbekir (r.a.) de vardı. Peygamber (s.a.v.) onlara bakıyor ve gülüyordu.

Hanefîlerin Ayşe (r.a.) hadisini delil almalarının nedeni şudur: Resûlüllah (s.a.v.)'ın onu yememesi, hoşlanmadığından dolayı değil haram olduğu içindir. Görmez misin onu yoksula vermesini yasaklaması da buna delildir. Çünkü onu hoşlanmadığı için yememiş olsaydı, yoksula verilmesini emrederdi. Nitekim Ensar'dan bir zatın koyunu için ; "*Onu esirlere yedirin*" diye emretmişti.

Keler etinin mübah olduğu izlenimini veren hadis, onun haramlığı sabit olmadan önce söylenmiş olmalıdır. Bilindiği gibi, birisi helâlliği birisi de haramlığı gerektiren iki delil çeliştiği zaman haramlığı gerektiren delil üstün tutulur.

[11/232]

Sonraki devir (Müteahhirûn) âlimlerden bazıları, kelerin haramlığını, onun insandan değişme olduğu gerekçesine dayandırırlar. Çünkü rivâyete göre İsrail oğullarının âsîlerinden bir grup deniz yolunu, bir grup da kara yolunu tuttular.

---

[186] İbn Ebû Şeybe, *Musannef*, V/123; Tahâvî, *Şerh-u maâni'l-âsâr*, IV/201.

[187] Buhârî, Et'ime 14; Müslim, Sayd ve Zebâih 2; İbn Mâce, Sayd 16; Ebû Dâvûd, Et'ime 28; Nesâî, Sayd ve Zebâih 26; Tahâvî, *Şerh-u maâni'l-âsâr*, IV/199; Heysemî, *Mecmau'z-zevâid*, IV/53.

Kara yolunu seçenler keler, maymun ve domuz şekline dönüştürüldüler. Bu haber Resûlüllah (s.a.v.)'tan rivâyet edilmiştir. Ama meşhur değildir. Öte yandan daha önce de söylediğimiz gibi insandan hayvana dönüştürülenlerin nesilleri olmaz. Her ne kadar bir keler cinsi insandan döndürülme ise de şu anda var olan kelerler böyle değildir. Ama pis şeylerdendir. Onun için Resûlüllah (s.a.v.) onu hoş görmemiştir.

Keler, diğer haşeratta olduğu gibi, insanın doğası gereği pis görülen şeylerdendir ve ﴿ وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ الْخَبَائِثَ ﴾ *"Onlara pis şeyleri haram kılar"* (el-A'râf, 7/157) âyetinin kapsamına girer.

Eşek eti yemek

Abdullah b. Ebî Evfâ'nın şöyle dediği rivâyet edillmiştir:

Huneyn savaşı günü elimize ehlî (evcil) eşekler geçti. Onları kestik, kazanlara koyduk. Kazanlar kaynıyordu.

Resûlüllah (s.a.v.): *أَكْفِئُوهَا بِمَا فِيهَا "Onları içindekilerle birlikte dökün"*[188] buyurdu ve yenilmesini yasakladı.

Biz kendi aramızda, "her durumda bunların, hazinenin hakkı olan beşte biri ayrılmadığı için haram kıldı" dedik.

Saîd b. Cübeyr (r.a.)'in yanına vardım ve olayı kendisine anlattım. O, "hayır, onu kesin olarak haram etti" dedi.

Biz Hanefîler bu hadisi esas alarak eşek etinin haram olduğunu söyleriz.

Bişr el-Müreysî ve Mâlik (rh.a.) eşek etini yemeyi mübah görürler. Rivâyete göre Ayşe (r.a.)'ye, eşek etinin hükmü soruldu o da;

﴿ قُلْ لَا أَجِدُ فِي مَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا ﴾

"Bana indirilende.....başka haram kılınmış bir şey bulamıyorum." (el-En'âm, 6/145) âyetini okudu.

Tâvûs (r.a.) şöyle demiştir: Câbir b. Fihr'e; "siz ehlî eşek etinin haram olduğunu iddia ediyorsunuz." dedim. Şu karşılığı verdi: "Hakem b. Amr, Basra'da bizim yanımızda öyle derdi. Kendisine bu haber yani İbn Abbas'ın hadisi geldi. Cer b. Gâlib'in rivâyet ettiği bir hadiste belirtildiğine göre o, Resûlüllah (s.a.v.)'a, "malımdan bir kaç küçük dişi eşekten başka bir şey kalmadı" dedi ve onun hükmünü sordu. Peygamber (s.a.v.) كُلْ مِنْ سَمِينِ مَالِكَ ، فَإِنِّي إِنَّمَا نَهَيْتُكُمْ عَنْ جَوَّالِ الْقَرْيَةِ

"Malının semizinden ye. Ben sizi köyün pisliğini yiyen hayvanlardan men ettim." buyurdu.[189] Bunlar ehlî eşeği vahşî eşeğe kıyasladılar. Vahşî eşeğin etinin

---

[188] Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, III/98; İbn Mâce, Zebâih 13; İbn Hibbân, *Sahih*, XII/73; Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, IX/329.

[189] Abdurrezzak, *Musannef*, IV/525; İbn Ebû Şeybe, Musannef, V/123; Taberânî, *el-Mu'cemü'l-kebîr*, XVIII/267; Tahâvî, *Şerh-u maâni'l-âsâr*, IV/203; Zeyleî, *Nasbu'r-râye*, IV/263.

helâl olduğunda görüş birliği vardır. Deve ve sığır gibi vahşîsinin eti yenilen tüm hayvanların ehlilerinin eti de yenilir. Köpek ve kedi gibi ehlîsi yenilmeyenlerin vahşîsi de yenilmez.

Bu konuda biz Hanefîlerin delili yukarıda geçen hadistir. Oradaki sözlerden anlaşılıyor ki, Peygamber (s.a.v.)'in Hayber günü eşek etini yemeyi yasaklaması binek azlığından dolayı değildir. Çünkü Huneyn günü eşekler kesilip et durumuna geldikten sonra kazanların dökülmesini emretmiştir. Dolayısıyla binek olmaları mümkün değildir. Ganimetteki hazinenin payı ayrılmadığı için dökülmesini de emretmiş olamaz. Çünkü o, yiyecek maddesidir. Savaşçıların ganimet arasındaki yiyecek maddelerini yeme hakları vardır. Bu, kendileri için ekmek ve hayvanları için yem gibidir. Köyün pisliklerini yedikleri için yasaklandığı da söylenemez. Çünkü bu sadece eşeğe özgü bir özellik değildir. Bunlardan anlıyoruz ki Peygamber (s.a.v.) eşek etini kesin olarak haram kılmıştır.

Rivâyet edildiğine göre Peygamber (s.a.v.) Ebû Talhâ (r.a.)'ya şöyle duyurmasını emretti:

أَلا إِنَّ اللهَ تعالى ورسولَهُ ينهيانِكُم عن لحومِ الحُمُرِ الأهليَّةِ ، فإنَّها رِجسٌ

"Haberiniz olsun! Şüphesiz Allahu Teâlâ ve Rasûlü sizlere ehlî eşek etini yasaklıyorlar. Çünkü o pisliktir."[190]

İbn Ömer (r.a.)'den de;

أنَّ النبيَّ صلى اللهُ عليه وسلَّم نهى يومَ خيبرَ عن مُتعةِ النساءِ . وعن لحومِ الحُمُرِ الأهليَّةِ

"Peygamber (s.a.v.)'in Hayber günü ehlî eşek etini ve müt'a nikahını yasakladığı" rivâyet edilmiştir.[191]

İbn Abbas'ın, müt'a nikahının mübah olduğu yolundaki fetvası Ali (r.a.)'ye ulaşınca şöyle dedi:نهى رَسُولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عليْهِ وسلَّم عن مُتعةِ النساءِ . وعن لُحومِ الأهليَّةِ *"Resûlüllah (s.a.v.), müt'a nikahını ve ehlî eşek etini yasak etti."*[192]

Bütün bunlar, eşek etini yasaklayan hadislerin tercih edilmesi gerektiğini gösterir.

Cer (r.a.)'ın hadisi eşek etinin helâl olması için delil olamaz. Çünkü Peygamber (s.a.v.)'in *"malının semizinden ye"* sözünün anlamı, onu sat ve parasını harca [11/233]

---

[190] Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, III/111; Buhârî, Meğâzî 39; Müslim, Sayd ve Zebâih 35; İbn Hibbân, *Sahih*, XII/79; Tahâvî, *Şerh-u maâni'l-âsâr*, IV/205.

[191] İbn Ebû Şeybe, Musannef, V/122; Abdurrezzak, Musannef, IV/527; Ahmed b. Hanbel, Müsned, III/322; Müslim, Sayd ve Zebâih 25; Hâkim, *Müstedrek*, I/191; Tahâvî, *Şerh-u maâni'l-âsâr*, IV/204.

[192] Buhârî, Meğâzî 39; Müslim, 29; Ebû Dâvûd, Et'ime 25; Tirmizî, Sayd 9; Nesâî, Nikâh 71; İbn Mâce, Nikâh 44; Hâkim, *Müstedrek*, II/64, 113; Zeylei, *Nasbu'r-râye*, IV/262, 263.

demektir. Nitekim halk arasında, "falan, tarlasını yedi" denildiğinde, onu sattı ve parasını harcadı anlamı anlaşılır.

Bir şair şöyle demiştir:

Bizim zayıf eşeklerimiz var,

Her gece bir palan yerler.[193]

Bu beytteki palan yemekten maksat, onun parası kadar yem yemektir.

Eşek etinin helâl olduğuna dair İbn Abbas (r.a.)'tan gelen rivâyet pek doğruya benzemiyor. Aksine o,

﴿ والْخَيْلَ والْبِغَالَ وَالْحَمِيرَ لِتَرْكَبُوهَا وَزِينَةً وَيَخْلُقُ مَا لا تَعْلَمُونَ ﴾

"Atları, katırları ve eşekleri binmeniz için ve ziynet olsunlar diye (yarattı.) Allah (c.c.) *şimdi bilemeyeceğiniz daha nice (binekler) yaratır."* (En-Nahl, 16/8) âyetine dayanarak at, katır ve eşek etini haram saymıştır.

Ayşe (r.a.), tahsis edildiği konusunda ittifak bulunan genel bir şeyi delil olarak getirmiştir. Resûlüllah (s.a.v.)'ın eşek etini genel olarak yasakladığı, ehlî eşeğin bu genel kapsamın içinde bulunduğu bilinmektedir.

Ehlî eşeği yaban eşeğine kıyaslamak mümkün değildir. Çünkü anlam bakımından bu ikisi arasında bir benzerlik yoktur. Aralarındaki biçimsel benzerlik, ehlî eşeğin helâl olmasını gerektirmez.

Sahih bir hadiste bildirildiğine göre Peygamber (s.a.v.) yaban eşeğinin etinin yenilmesini mübah görmüştür. Nitekim rivâyete göre

أَنَّ أَعْرَابِيًّا أَهْدَى إِلَى رَسُولِ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ حِمَارًا وَحْشِيًّا عَفِيرًا أَوْ رِجْلَ حِمَارٍ وَحْشِيٍّ فَأَمَرَ أَبَا بَكْرٍ رَضِيَ اللهُ تَعَالَى عَنْهُ أَنْ يَقْسِمَهُ بَيْنَ الرِّفَاقِ

"Bir bedevî, Resûlüllah (s.a.v.)'a güneşte kurutulmuş yabani eşek eti –veya bir yabani eşek bacağı- hediye etti. Peygamber (s.a.v.), Ebûbekir (r.a.)'e onu yol arkadaşları arasında paylaştırmasını emretti."[194]

Peygamber (s.a.v.)'in, içinde eşek eti bulunan kazanların dökülmesini emrettiği konusunda haber bulunduğu gibi keler konusunda da onun bir benzeri vardır. Bu hadis Abdurrahman b. Hasene'ye ait olan şu rivâyettir.

كُنَّا مع رَسُولِ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ و سَلَّمَ فِي سَفَرٍ فَأَصَابَتْنَا مَجَاعَةٌ وَ نَزَلْنَا فِي أَرْضٍ كَثِيرَةِ الضِّبَابِ وَأَنَّ الْقُدُورَ لَتَغْلِي بِهَا فَأَمَرَنَا رسولُ الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بِإِكْفَاءِ الْقُدُور

---

[193] إِنَّ لنَا أَحْمِرَة عجافًا يَأْكُلْنَ كل لَيْلَة إِكَافًا

[194] Abdurrezzak, *Musannef*, IV/431; Taberânî, *el-Mu'cemü'l-kebîr*, V/259; Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, IX/322.

"Biz Resûlüllah (s.a.v.) ile birlikte yolculukta idik. Hepimiz acıktık. İçinde bol kertenkele bulunan bir vadide konakladık. Onlardan yakaladık. Tencereler kaynamakta iken Resûlüllah (s.a.v.), tencerelerin dökülmesini emretti."[195] Gereksiz yere malı telef etmenin caiz olmadığı herkesçe bilinen bir şeydir. Demek oluyor ki her iki konuda da tencerelerin dökülmesi emri, bunların haram oluşundan dolayıdır.

At eti yemek

Enes b. Mâlik (r.a.)'in: "Biz Peygamber (s.a.v.) zamanında at eti yedik" dediği rivâyet edilmiştir.

Harîs (r.a.)'ten de şöyle rivâyet edilmiştir: Bizim bir atımız doğurduğu zaman bir yıl geçince onu keserdik. Kendi kendimize "emîr yakınımızda, ona soralım" dedik. Bu haber Ömer (r.a.)'e ulaştı. O da bize bir mektup yazdı. O mektupta, öyle yapmamamızı konu ile ilgili ilerde bilgi vereceğini yazıyordu.

At etini yemenin caiz olduğunu söyleyenler bu iki hadisi delil olarak alırlar. Çünkü onlar atı, yeme yararı için kesiyorlardı.

Ebû Yusuf (rh.a.), Muhammed (rh.a.) ve Şâfiî (rh.a.) at etinin helâl olduğunu söyleyen müctehidlerdir. Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre ise at eti yemek mekruhtur.

"Avcılık" bölümünde yer alan ifadededen, bu kerâhetin tenzîhî olduğu anlaşılmaktadır. Çünkü o rivâyete göre Ebû Hanîfe (rh.a.) şöyle demektedir: "Bazı âlimler at etine izin vermektedirler. Ama onu yemek bana pek hoş gelmiyor." *el-Câmiu's-Sağîr*'deki rivâyete göre ise; "At etini mekruh görürüm" demiştir. Bu da onun tahrîmen mekruh olduğuna gösterir.

Rivâyet edildiğine göre Ebû Yusuf (rh.a.), Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye "sen bir şey için mekruh görürüm dediğinde, bununla neyi kastedersin?" diye sormuş, o da; "tahrimen mekruhu" karşılığını vermiştir.

Öte yandan at etini helâl görenler, bu etin çarşılarda yaygın bir biçimde satıldığını ve kimsenin buna ses çıkarmadığını da delil gösterirler. Ayrıca atın artığı **[11/234]** olan su, mutlak anlamda temizdir. Sidiği, eti yenen hayvanların sidiği hükmündedir. Bunlardan anlaşılıyor ki sığır ve deve gibi atın eti de yenilebilir. Gerçi at etini yemenin yasak edildiği olmuştur. Ama bu, sahâbîlerin ellerinde atın azlığı ve savaşlarda ihtiyaç duydukları bir silah oluşudur. Peygamber (s.a.v.) at etini yemeyi, haram olduğu için değil bu yüzden men etmiştir.

Ebû Hanîfe (rh.a.)'nin delili de şu âyettir:

﴿ والْخَيْلَ والْبِغَالَ والْحَمِيرَ لِتَرْكَبُوهَا وزِينَةً وَيَخْلُقُ ما لَا تَعْلَمُونَ ﴾

[195] İbn Ebû Şeybe, *Musannef*, V/123; Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, IV/196; İbn Hibbân, *Sahih*, XII/73; Tahâvî, *Şerh-u maâni'l-âsâr*, IV/197; Heysemî, *Mecmau'z-zevâid*, IV/50.

"Atları, katırları ve eşekleri binmeniz için ve ziynet olsunlar diye (yarattı.) Allah (c.c.) *şimdi bilemeyeceğiniz daha nice (binekler) yaratır."* (en-Nahl, 16/8)

Allahu Teâlâ bu âyette anılan hayvanları, insanların binmeleri ve süs olması için yarattığını bildirmektedir. Eğer bunların yenilmeleri helâl olsaydı, bu yararı da öncelikle söylenmesi gerekirdi. Çünkü yeme yararı, hayatın devamı için gerekli olduğundan dolayı en büyük yararlanma çeşitidir. Hikmet sahibi olan Allah (c.c.)'ın bir nimeti haber verirken o nimetin en büyük yararını anmayıp da, daha aşağısını söylemesi düşünülemez. Görmez misin O, sığır ve deve gibi hayvanların kendisinin bir ihsanı olduğunu bildirirken, onların yenilen hayvanlar olduklarına işaret etmiştir.[196]

Öte yandan Allah (c.c.) Kur'an'da attan söz ederken onu, deve ve sığır için kullanılan "el-En'âm" (اَلْأَنْعَام) kelimesinin içinde değil katır ve eşekle birlikte kullanmıştır. Bu kullanım tarzı, at etinin hükmü için delil sayılabilir. Muhammed (rh.a.)'in *el-Mebsût*'unda belirtildiğine göre İbn Abbas (r.a.) da at etinin mekruh olduğunu söylerken bunu delil almıştır.

Halid b. Velid (r.a.)'den gelen bir rivâyete göre;

أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ و سَلَّم نهى عَنْ أَكْلِ لَحْمِ الْخَيْلِ و الْبِغَالِ و الْحَمِيرِ

Peygamber (s.a.v.) at, katır ve eşek etini yemeyi yasaklamıştır. [197]

Mikdâm b. Ma'dîkerib (r.a.)'den de Peygamber (s.a.v.)'in;

حرامٌ عليكم لُحومُ الْبِغَالِ و الْحَمِيرِ و الْخَيْلِ

"Size at, katır ve eşek etleri haramdır"[198] buyurduğu rivâyet edilmiştir.

Daha önce belirttiğimiz gibi haram kılan delil helâl kılan delile tercih edilir. Bunun mübah olduğu yolundaki rivâyetler, daha yasaklanmadan önceki dönemlere özgüdür. Öte yandan atın yavrusu olan katır yenilmez. Yavru, annenin bir parçasıdır. Haramlık ve helâllik bakımından yavruya ait hüküm, anaya ait hükmün aynısıdır. Bunlardan anlıyoruz ki yavru olan katır yenilmediğine göre at da yenilmez.

At, katıra ve eşeğe benzer. Çünkü hepsi sert tırnaklı hayvanlardır. Deve ve sığır ise sert tırnaklı değil çift tırnaklıdırlar.

Hasen b. Ziyâd (r.a.), Ebû Hanîfe (rh.a.)'den, atın sütü gibi artığının da mekruh olduğunu rivâyet etmiştir. Sadece sidiğini, eti yenen hayvanların sidiği gibi

---

[196] bk. Gâfir (el-Mü'min), 40/79.

[197] Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, IV/89; İbn Mâce, Zebâih 14; Ebû Dâvûd, Et'ime 26; Nesâî, Sayd ve Zebâih 30; Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, IX/328; Zeylei, *Nasbu'r-râye*, IV/262.

[198] Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, IV/89; Nesâî, Sayd ve Zebâih 30; Dârekutnî, Sünen, IV/287; Taberânî, *el-Mu'cemü'l-kebîr*, IV/110; Zeylei, *Nasbu'r-râye*, IV/262.

değerlendirmiştir. Çünkü bunlar, bütün insanların sakınmakta zorlandıkları şeylerdendir. Bunun da pislik hükmünü hafifletmede etkisi vardır.

At etinin mekruh olduğu görüşünde olanlar, onun tahrimen mekruh değil, tenzihen mekruh olduğunu söylerler. Atın, insan ile de benzer tarafları vardır. Her ikisi de düşmanı korkutup kaçırırlar. Savaşta her ikisine de ganimetten birer pay vardır. İnsan, pis olduğu için değil mükerrem olduğu için yenilmez. At da böyledir. Yenilmesi, değerinden dolayı tenzîhen mekruhtur. Bu yüzden atın artığı olan su temiz, sidiği de eti yenen hayvanların sidiği gibidir.

Av köpeğinin alım-satımı

İbrahim (en-Nehaî) (rh.a.)'nin "Av köpeğinin parasında sakınca yoktur" dediği rivâyet edilmiştir.

Peygamber (s.a.v.)'in, av köpeğinin parasına izin verdiği de rivâyet edilmiştir.

Hanefîler de bu hadisi delil almakta ve eğitilmiş av köpeğinin satılmasının caiz olduğunu söylemektedirler.

Şâfiî (rh.a.)'ye göre ise, ister eğitimli olsun ister eğitimsiz av köpeğinin satışı caiz değildir.

Şafii'nın delili, أن رسول الله صلى الله عليه و سلم نهى عن ثمن الكلب و حلوان الكاهن و مهر البغي Resûlüllah (s.a.v.)'ın *"Köpeğin parasından, kâhine verilen ücretten ve zina eden kadının ücretinden men etmiştir"* hadisidir.[199]

Ayrıca Resûlüllah (s.a.v.) köpeklerin öldürülmelerini emretmiştir. Eğer köpek değeri olan (mükekavvim) bir mal olsaydı, Peygamber (s.a.v.) bunu emretmezdi.

[11/235]

Öte yandan köpeğin kendisi pistir. Artığının pis oluşu buna delildir. Dolayısıyla, domuzun satışı caiz olmadığı gibi onun satışı da caiz değildir.

Şu da köpeğin satışının caiz olmayışına delildir: Eğer bu caiz olsaydı, kaplan ve doğanda olduğu gibi eğitilmiş olanla olmayanın satışı arasında fark olmazdı.

Bu konuda biz Hanefîlerin delili, İbrahim (rh.a.)'in, bunun satışına dair rivâyet etiği izindir. Bu izin, yasaklama ve haram kılmadan sonra olmuştur. Bununla açığa çıkıyor ki satışının yasaklığına dair olan hüküm, insanlara kolaylık olması için sonradan kaldırılmıştır. Çünkü araplar köpek bulundurmaya alışıktılar. Ama köpekler arasında yolculara ve yabancılara saldıranlar vardı. Bu yüzden köpek edinmeleri önce yasaklandı. Bu kendilerine zor gelince, köpekleri öldürmeleri emredildi. Satışı yasaklandı. Alışık oldukları âdetten uzaklaşmaları için böyle yapıldı. Sonra kendisinden yararlanılan köpeğin parasını almalarına izin verildi. O köpekler de; av, çoban ve bekçi köpekleridir.

Abdullah b. Ömer (r.a.)'den rivâyet edildiğine göre

---

[199] Buhârî, Buyû' 113; Müslim, Müsâkât 9; İbn Mâce, Ticârât 9; Ebû Dâvûd, İcâre 41; Tirmizî, Nikâh 36; Nesâî, Sayd ve Zebâih 15; Hâkim, *Müstedrek*, II/39; Zeyleî, *Nasbu'r-râye*, IV/71.

أنّ النبيّ صلّى الله عليه و سلّم نهى عن بيع الكلب إلا كلب الصّيد و الحرث و الماشية

"Peygamber (s.a.v.); av, çoban ve bekçi köpeğinin dışındaki köpeklerin satışını yasakladı."[200]

Yine bir rivâyete göre Peygamber (s.a.v.) av köpeği için 40 dirhem, bekçi köpeği için bir farak[201] buğday, çoban köpeği için de bir koyun değer biçti.

Rivâyete göre Osman (r.a.), bir kadının köpeğini öldüren birisine 20 deve ceza vermiştir. Bu hadisin meşhur bir hikayesi vardır.

Köpeğin, değeri olan (mütekavvim) bir mal olup, kendisinden dinen yararlanılan bir hayvan olduğu sabit olunca, diğer mallar gibi onun da satışının caiz olduğunu söylemek gerekir.

Köpeğin, kendisinden yararlanılan bir hayvan oluşunu şöyle açıklayabiliriz: Zorunlu olmadan da köpekten yararlanılabilir. Kişi hayatında iken hibe yoluyla, ölümünden sonra da vasîyet yoluyla onu, karşılıksız olarak başkasına bağışlayabilir. Öyleyse bir mal karşılığı olarak verilmesi de caiz olur. Bu gösteriyor ki köpeğin kendisi pis (necisü'l-ayn) değildir. Çünkü kendisi pis bir hayvanla, -içkide olduğu gibi - zorunluluk yoksa yararlanılamaz. Bağış veya vasîyet yoluyla başkasına verilmesi caiz olmaz.

Hanefî mezhebinde doğru olan görüşe göre; eğitilmiş köpeğin satışı ile, eğitilmeyen ama eğitim kabul eden köpeğin satışı arasında fark yoktur.

Nitekim *en-Nevâdir*'de, eğitim kabul edeceği gerekçesiyle köpek eniğini satmanın caiz olduğu belirtilmektedir. Satılması caiz olmayan köpek, eğitim kabul etmeyen saldırgan köpeklerdir. Çünkü o, insanlara eziyet veren, kendisinden yararlanılması mümkün olmayan bir hayvandır. Dolayısıyla kurt gibidir. Değeri olmayan bir hayvandır.

Aslan eğitim kabul eder de onunla avlanmak mümkün olursa, onun satışı da caizdir. Eğitim kabul etmez ve kendisinden yararlanılamazsa satışı caiz olmaz. Pars ve doğan her durumda eğitilebilirler. Öyleyse satılmaları da caizdir.

Câbir b. Abdullah (r.a.)'tan rivâyet edildiğine göre

أنّ النبيّ صلّى الله عليه و سلّم نهى عن بيع الكلب و السّنور

"Peygamber (s.a.v.) köpeği ve kediyi satmayı yasaklamıştır."[202]

---

[200] Zeyleî, *Nasbu'r-râye*, IV/71.

[201] **Farak** / فرق : 16 rıtıl alan bir ölçektir. Bir rıtıl 2564 gramdır. Buna göre bir farak 41.024 kg. eder.

[202] Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, III/339; Müslim, Müsâkât 9; Ibn Mâce, Ticârât 9; Ebû Dâvûd, İcâre 64; Tirmizî, Buyû' 49; Nesâî, Sayd ve Zebâih 16; Hâkim, *Müstedrek*, II/39; Zeyleî, *Nasbu'r-râye*, IV/71.

Ebû Yusuf (rh.a.) der ki: Bu hadis, Peygamber (s.a.v.)'in bir kediye su kabını eğip de su içirdiğini bildiren hadise aykırı düşmektedir. Bu olayı bildiren hadis hayli meşhurdur. Urve (r.a.)'nin Ayşe (r.a.)'den rivâyet ettiğine göre, Peygamber (s.a.v.) su içmesi için kediye su kabını eğer sonra da bu su ile abdest alırdı. Bu hadis, kedinin artığının pis olmadığına delildir. Peygamber (s.a.v.)'in şu sözleri bunu açıkça bildirmektedir:

إِنَّهَا لَيْسَتْ بِنَجَسٍ إِنَّهَا مِنَ الطَّوَّافِينَ عَلَيْكُمْ وَالطَّوَّافَاتِ

"Kedi, pis değildir. Çünkü o sürekli sizin etrafınızda dolaşan hayvanlardandır."[203]

[11/236] Zorunluluk olmadan da kediden yararlanmak caizdir. Bu özellikteki bir mal, din nazarında değerli bir maldır. Satışı caizdir. Kedinin satışını yasaklayan haberler sahih iseler, bunların İslam'ın ilk günlerine ait olduğunu sonradan kaldırıldığını söylemek gerekir.

Müslüman veya kitap ehli birisinin, besmele çekerek avın peşine saldığı eğitilmiş bir avcı köpeğinin veya diğer yırtıcı hayvanlardan birinin yakalayıp öldürdüğü av hayvanını yemek caizdir.

Gönderenin Müslüman veya kitap ehli olması koşuldur. Çünkü helâl kılmaya neden olma bakımından avlanmak, boğazdan kesmek gibidir. Kesilenin helâl olması için kesenin ehil olması gerekir. Avlanmakta da böyledir. Daha önce avlanmanın koşullarını açıklamıştık. Avlayanın ehil olması, orada belirtilen koşullar içinde açıkça söylenmemişse de, bu delalet yoluyla koşullar arasına girer. Çünkü biz orada, avcının yalnızca Allah'ın adını anmasının koşul olduğunu söylemiştik. Bu da ancak Allahu Teâlâ'nın birliğine inanan veya bunu açığa vuran kişi için söz konusudur. O da Müslüman veya kitap ehlidir. Mecûsî (ateşe tapan) ise iki tanrının olduğunu iddia eder. Dolayısıyla onun yalnızca Allah'ın adını anması düşünülemez. Bundan dolayı mecûsînin kestiği de avladığı da yenilmez.

Kesim ve avda besmelenin hükmü

Bir kimse besmeleyi kasten terkederse Hanefîlere göre onun kestiği de avladığı da haramdır.

Şâfiî (rh.a.)'ye göre ise haram değildir.

Bu konuda Müslüman ile kitap ehli eşittir.

Besmeleyi unutarak terkeden kişinin kestiği veya avladığı biz Hanefîlere göre de haram olmaz.

Mâlik (r.a.) ve Zâhirî'lere göre bu da haramdır. Bu aynı zamanda İbn Ömer (r.a.)'in de görüşüdür.

---

[203] Ahmed b. Hanbel, *Müsned,* V/296, 303; Ebû Dâvûd, Tahâret 38; Tirmizî, Tahâret 69; Nesâî, Tahâret 54; İbn Mâce, Tahâret 32; Hâkim, *Müstedrek,* I/263; Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ,* I/245; I/130.

Ali ve İbn Abbas (r.a.), Hanefîler gibi besmelenin kasden terkedilmesi ile unutarak terkedilmesini farklı değerlendirmişlerdir. Sahâbîler (r.a.), kasten besmele çekilmeden kesilen veya avlanan hayvanın etinin haram olduğunda icma etmişler, unutarak çekmemesi durumunda haram olup olmadığı konusunda görüş ayrılığına düşmüşlerdir. Onların icmaı bizim için yeterli delildir.

Bundan dolayı Ebû Yusuf (rh.a.) şöyle der: "Kasten besmele çekilmeden kesilen hayvanın etinin haram mı helâl mi olduğu konusunda ictihad yapmak caiz değildir. Hâkim, böyle bir etin satılabileceğine hükmetse, onun hükmüne itibar edilmez. Çünkü bu, icmaa aykırıdır."

Bu konuda Şâfiî (rh.a.), Berâ b. Âzib ve Ebû Hureyre'nin (r.a.) şu hadisini delil almıştır: Peygamber (s.a.v.) şöyle buyurmuştur:

تسمية يذبح على اسم الله سمى أو لم يسم *"Müslüman ister besmele çeksin ister çekmesin, Allah (c.c.)'ın adı üzere kesmiş demektir."*

Başka bir rivâyet de şu şekildedir: ذِكْرُ اسم الله تعالى في قلب كل مسلم *"Allah'ın adının zikri, her Müslümanın kalbindedir."*

Kasıt anında Allah'ın adının onun kalbinde oluşu, unutma durumunda oluşundan daha açıktır.

İbn Abbas (r.a.)'a; besmele çekilmeden kesilen hayvanın etinin yenilip yenilemeyeceği sorulmuş o da; "dîninin besmelesi ona helâl kılar" cevabını vermiştir. Dînin besmele yerinde tutulmasında, besmelenin kasden terkedilmesi ile unutarak terkedilmesi arasında fark yoktur.

Aynı soru Ayşe (r.a.)'ye soruldu o da şu cevabı verdi: "Bedevîler bize et getirirlerdi. Biz onların besmele çekip çekmediklerini bilmezdik. Peygamber (s.a.v.): *"Siz besmele çekin ve yeyin* buyurdu." Eğer kesilirken besmele çekmek, etin helâl olmasının koşullarından olsaydı, Peygamber (s.a.v.) kesilirken besmele çekilip çekilmediğinde şüphe bulunan etin yenilmesini emretmezdi.

Ayrıca (avda ve kesimde) besmele koşul olsaydı, o emredilirdi. Emredilen şeylerde de unutanla kasden çekmeyen arasında fark yoktur. Nitekim hayvanın nefes borusunu ve can damarlarını kesmek, namazda tekbir almak ve Kur'an okumak emredilen şeylerdendir. Bunların kasden veya unutularak terkedilmesi arasında fark yoktur. Bu fark, sadece yasak edilen şeylerde söz konusudur. Oruçlunun kasden veya unutarak yemesi arasında fark vardır. Çünkü bunlarda yasaklamanın gereği, o işi yapmamaktır. Unutan kimse, yasaklanan şeyden inancı bakımından uzak durmaktadır. Emrin gereği ise, o emre uymaktır. Emredilen şeyi kasden veya unutarak terkeden kişi, emre uymuş olmaz.

Öte yandan besmele çekmek, yemenin daha iyi olması içindir. Bu da besmelenin farz değil mendup olmasını gerektirir. Yemeği pişirmek ve hamuru ekmek yapmak gibidir. Ayrıca etteki asıl maksat olan yemede, besmele çekmek

farz değil menduptur. Öyle olunca hayvanı keserken farz olmaması daha önceliklidir.

[11/237] Yahudi ve Hıristiyanların kestiklerinin helâl olması da buna delildir. Eğer besmele koşul olsaydı, onların kestiklerinin helâl olmaması gerekirdi. Çünkü onlar Allah'ın adını ansalar bile kendileri için tanrı edindikleri başka şeyleri kastederler. Hıristiyanlar, İsa (a.s.)'nın Allah'ın oğlu olduğunu iddia ederler. Allah (c.c.) bundan son derece uzak ve münezzehtir. Biz, Allah'a böyle şeyler dayandırmaktan uzak dururuz.

Bu konuda Hanefîlerin delilleri şu âyettir:

﴿ وَلَا تَأْكُلُوا مِمَّا لَمْ يُذْكَرِ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ وَإِنَّهُ لَفِسْقٌ ﴾

"Üzerine Allah'ın adı anılmadan kesilen hayvanlardan yemeyin. Kuşkusuz bu büyük bir günahtır" (el-En'âm, 6/121)

Mutlak yasaklık haramlık ifade eder. Ayrıca âyette bu, مِنْ (min) harfi ile de pekiştirilmiştir. Çünkü nehy (yasaklama) bildiren fiilden sonra bu harf geldiğinde o, yasağı pekiştirir. Bu da besmelesiz kesilen hayvanın her parçasının haram olduğunu gösterir. *"Kuşkusuz bu büyük bir günahtır"* anlamına gelen cümledeki "bu (ه)" zamiri, "yeme"nin yerini tutuyorsa o zaman büyük günah olan, haram olan şeyi yemektir. Kesilen hayvanın yerini tutuyorsa; dinde fısk diye adlandırılan hayvan, haram olur.

Nitekim başka bir âyette, ﴿ أَوْ فِسْقًا أُهِلَّ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ ﴾ *"Veya günah işlenerek Allah'tan başkası için kesilen..."* (el-En'âm, 6/145) buyurulmaktadır. Âyet, haramlığın nedeninin besmeleyi terketmek olduğunu söylemektedir. Çünkü bir özellik nedeniyle haram kılmak, haramlığı gerektiren şeyin bu özellik olduğuna delildir. Nitekim kendi kendine ölen veya sopa ile öldürülen hayvanda durum böyledir. Bu açıklamaya göre; âyetin, kendi kendine ölen veya müşriklerin kestikleri hayvanlarla ilgili olduğunu söylemek doğru olmaz. Çünkü bu iki durumda haramlık besmele terkedildiği için değildir. Hatta bir müşrik besmele çekerek hayvan kesse o hayvanın eti yenilmez.

Allahu Teâlâ (c.c.) şöyle buyurur:

﴿ فَاذْكُرُوا اسْمَ اللَّهِ عَلَيْهَا صَوَافَّ ﴾

"Onlar ayakları üzerinde dururken üzerlerine Allah'ın ismini anınız." (el-Hacc, 22/36) Yani develeri keserken besmele çekiniz. Aynı âyetin, ﴿ ... وَجَبَتْ جُنُوبُهَا ﴾ *"Yan üstü yere düştüklerinde..."* kısmı bu yorumlamaya delildir.

İbn Abbas (r.a.), besmelesiz kesilen hayvanın etinin yenilemeyeceğini bildiren âyetin açıklamasında şöyle der: "Allahu Teâlâ'nın adını anmak, hayvanı kesecek

olan kişinin, bıçağı çalacağı zaman *"bismillahi vallahu ekber* (بِسْمِ اللهِ وَاللهُ اكبَرُ)" demesidir."

Allahu Teâlâ;

﴿ فَكُلُوا مِمَّا أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ ﴾

"Sizin için tuttuklarından yeyin" (el-Mâide, 6/4) buyurur. Burada kastedilen, av köpeğini gönderirken besmele çekmektir.

Bu iki âyet gösteriyor ki hayvan kesilirken veya avlanırken besmele çekmek, emredilmiştir. Emir, kayıtsız olduğunda emredilen şeyin farz olmasını gerektirir.

Besmele çekmek, kesilen hayvanın etinin helâl olmasının koşullarındandır. Peygamber (s.a.v.)'in Adiy b. Hâtim (r.a.)'e söylediği şu söz de buna delildir;

إذا أرسلْت كَلْبَك الْمُعَلَّمَ وَذكَرْت اسم الله عَلَيْه فَكُل

"Eğitilmiş köpeğini gönderdiğin ve üzerine besmele çektiğin zaman ye."[204] Koşul olan bir şey üzerine atfedilen şey de farz olur.

وَإن شَارَكَ كَلْبَك كَلْبٌ آخَر فَلا تَأْكُل فَإنَّك إنَّمَا سَمَّيْت عَلَى كَلْبِك وَلَمْ تُسَمِّ عَلَى كَلْبِ غَيْرِك

"Senin köpeğine başka bir köpek ortak olursa onu yeme. Çünkü sen kendi köpeğine besmele çektin. Başkasının köpeğine çekmedin."[205] Hadisi de söylediklerimizi güçlendirmektedir. Bu ekte Peygamber (s.a.v.), avın peşine besmele çekilerek salınan köpeğin, başkasının köpeği ile birlikte getirdiği av hayvanının helâl olmadığını, diğer köpeğe besmele çekilip çekilmediğinin bilinmemesi ile gerekçelendirmiştir. Bu, kendi köpeğini gönderirken besmele çekmediği zaman, onun tuttuğunun da haram olacağının delilidir.

Aralarında fark olmamasına rağmen kitap ehlinin kestiğinin yenilip, mecusînin (ateşe tapanın) kestiğinin yenilmemesi de bunu destekler. Bu şöyle açıklanabilir: Kendisinin tek Allah'a inandığını iddia eden kişinin yalnız Allah'ın adını anması kabul edilebilir. Ama iki tanrı olduğunu iddia edeninki kabul edilmez. Bu, besmelenin koşul olduğuna da delildir.

Meseleye şöyle de bakılabilir: Biz, kitap ehli olanlarla ilgili hükmü, onların gizledikleri değil açığa vurdukları durumlarına göre vermekle görevliyiz. Görmez misin hayvan keserken yüceltme maksadıyla, Allah'tan başka birisinin adının söylenmesi o hayvanın etinin haram olmasını gerektirir.

---

[204] Buhârî, Zebâih ve Sayd 8; Müslim, Sayd ve Zebâih 3; Ebû Dâvûd, Sayd 2; Tirmizî, Sayd 1; Nesâî, Sayd ve Zebâih 2; Zeyleî, *Nasbu'r-râye*, IV/369.

[205] Ahmed b. Hanbel, Müsned, IV/256; Buhârî, Zebâih ve Sayd 2; Müslim, Sayd ve Zebâih 1; Ebû Dâvûd, Sayd 2; Sayd ve Zebâih 2; Zeyleî, *Nasbu'r-râye*, IV/136.

﴿ وَمَا أُهِلَّ بِهِ لِغَيْرِ اللَّهِ ﴾

"Allah'tan başkası adına boğazlanan..." (el-Mâide 5/3) âyeti buna delildir. Eğer biz kitap ehlinin içinde gizlediği inancı ile hükmedecek olsaydık, onların kestikleri helâl olmazdı. Mahkemede Allah (c.c.) adına yaptıkları yeminde de böyle yapıyoruz. Hiç kimseye Allah'tan başkası adına yemin ettirilmez. Bundan da anlıyoruz ki, biz hükmü onların dışa vurdukları inançlarına göre veririz.

[11/238] Ayrıca bize, hayvan keserken müşriklere aykırı davranmak için besmele çekmek emredilmiştir. Çünkü onlar hayvan keserken kendi putlarının adlarını anarlardı. Onlara aykırı davranmak farz olduğuna göre hayvan keserken besmele çekmek de farz olur.

Yemek pişirme veya yemek yeme ise böyle değildir. Çünkü onlar yemek yapacaklarında veya yemek yiyeceklerinde putlarının adlarını anmazlardı. Bizim bunlara başlarken besmele çekmemiz menduptur (teşvik edilmiştir). Abdest alırken besmele çekmek de böyledir. Abdest alırken besmele çekmemizin emredilmesi müşriklere aykırı davranmak için değildir. Dolayısıyla o menduptur. Görmez misin, İbn Abbas'ın da dediği gibi unutma durumunda, hafifletmek amacıyla kişinin dini (Müslümanlığı) besmele çekme yerine geçer. Bu hafifletmeyi de besmeleyi kasten terkeden değil unutan hak eder. Çünkü kasten besmele çekmeyen kişi ondan yüz çevirmiştir. Dolayısıyla onun hükmen besmele çektiğini söylemek mümkün olmaz. Unutan ise böyle değildir. Çünkü o, besmeleden yüz çevirmiş değildir, mazeretlidir. Gerek hayvan kesmede olsun gerek başka konularda, mazeret sahibi olanla olmayanın farklı değerlendirilmesi dinde önemli bir kuraldır. Görmez misin hayvanı, kesim yeri olan boğazdan başka bir yerinden kesmede, mazereti olanla olmayan ayrı hükümdedir. Oruçlu iken bir şey yemede de kasden yiyenin durumu ile unutarak yiyenin durumu farklıdır.

Ayrıca (kasıt ve kasıtsızlık konularında) bir şeyin emredilen veya yasaklanan şeylerden olmasının bir önemi yoktur. Namaz sırasında yemek yasaklanmıştır. Bunun kasden veya unutularak yenilmesi eşittir. Aynı şekilde ihramda olan birisinin cinsel ilişkide bulunması yasaktır. Bunun da kasıtlı olarak veya unutularak yapılması arasında fark yoktur. Ancak yasak şey, insana sürekli durumunu hatırlatan bir ibadette işlenirse, unutmak özür sayılmaz. Namaz kılan veya ihramda olan kişiler böyledir. Ama yasaklanan şey, oruçta olduğu gibi devamlı hatırda olmayan bir ibadette, unutularak işlenirse bu bir özürdür. Üzerinde durduğumuz meselede emredilen besmele, sürekli hatırlatıcı olan bir fiille birlikte değildir. Kişi bazen kalbi başka bir şeyle meşgulken bir kuş keser ve besmele çekmez.

Şâfiî (rh.a.)'nin delillerinden olan, "Müslümanın Allah'ın adı ile kestiğini bildiren hadis" de bu anlamda yorumlanır. Yani bir kimse, besmeleden yüz

çevirmeksizin unutarak terkederse o, Allah'ın adı ile kesmiş olur. Zaten hadisin bazı rivâyetlerinde; *"kasden terkederse o helâl olmaz"* ilavesi vardır.

Ayşe (r.a.) hadisi de Hanefîlerin delilidir. Çünkü o, besmele konusundaki şüphesinden dolayı, o hayvanın yenilip yenilmeyeceğini sormuştur. Bu, onlar arasında besmele çekmenin, kesilen hayvanın helâl olmasının koşullarından olduğunun delildir. Resûlüllah (s.a.v.) genelde, Müslümanın kasten besmeleyi terketmeyeceğini bildiği için ona yemesini emretmiştir. Nitekim çarşıdan et alan bir Müslümanın, o etin bir mecusî (ateşe tapan) tarafından kesilmiş olması endişesini taşısa bile genele itibarla o eti yemesi mübahtır.

Besmele ne zaman çekilir?

Hayvan kesmede besmele bıçağı çalarken, avda da avcı hayvanı gönderirken veya silahı atarken çekilir.

Çünkü sorumluluk, güç oranındadır. Avcı da ok ava isabet ederken değil oku atarken besmele çekmeye güç yetirir. Av köpeğini gönderirken veya silahı atarken çekilen besmele, avı yakalarken veya ok hayvana değerken çekilmiş sayılır. Bu, vahşileşen bir hayvanı bir yerinden yaralamanın, ehlî bir hayvanı boğazından kesmenin yerini tutması gibidir. Öte yandan besmele, kişinin fiiline bitişik olur. Kesmek de, onun fiilidir. Avcılıkta da avcının fiili, silah atmak veya avcı hayvanı göndermektir. Buna göre bir kimse koyunu yatırıp eline bir bıçak alıp besmele çekse sonra o koyunu bırakıp aynı bıçakla ve yeniden besmele çekmeden başka bir koyun kesse, bu hayvanın eti yenilmez. Ama besmele çekerek bir ava gönderdiği ok, başka bir ava değse onun eti yenir. Yahut da eline bir bıçak alıp besmele çekse sonra o bıçağı bırakıp başka bir bıçak alsa veya avcı köpeğini besmele çekerek bir avın peşine gönderse, köpek o avı bırakıp başka bir av yakalasa bunların etini yemek helâldir.

[11/239]

Çektiği besmele ile bir koyun kestikten sonra aynı besmelenin yeterli olduğunu zannederek başka bir koyun daha kesse ikinci koyunun eti yenilmez. Besmele ile bir ava fırlatılan ok, onunla birlikte başka bir ava daha değse veya bir ava gönderilen köpek hiç ara vermeden, gönderildiği av ile birlikte başka bir av daha yakalasa bunların eti yenilir. Kişinin, önceki çektiği besmelenin sonraki koyun için yeterli olmadığını bilmemesi, unutma gibi özür değildir.

Bir kimse bir koyun sürüsüne bakıp eline bir bıçak alsa ve besmele çekse sonra sürüden rastgele bir koyun tutsa ve tekrar besmele çekmeden kesse, bu koyunun eti yenilmez.

Bir avcı, köpeğini bir grup avın üzerine salsa ve köpek birisini yakalasa onun eti yenilir.

Çünkü avda, avlayacağı hayvanı belirlemek onun gücü dahilinde değildir. Normal kesimde ise keseceği hayvanı belirleyebilir.

Avcı hayvanla avlanmaya ilişkin esaslar

Bir kimse hatırında olduğu durumda besmele çekmeden avcı hayvanını av peşine gönderse sonra hayvanı men edip besmele çekse, hayvanda onun men etmesi üzerine önce duraklayıp sonra av hayvanını yakalasa o hayvan helâl olmaz.

Çünkü hatırında olduğu halde besmele çekmeden avcı hayvanını av peşinden göndermesi haramdır. Onun hükmü, ancak kendi ayarında veya daha üstün olan bir şeyle kalkar. Men etmek, göndermekten daha aşağıdır.

Ama köpek, sahibinin haberi olmadan bir avın peşine düşse, sonra sahibi onu men edip besmele çekse; eğer sahibinin men etmesi ile duraklamış sonra avını yakalamışsa o av yenilir.

Çünkü köpeğin avın peşine kendisinin düşmesi muteber bir fiil değildir. Çünkü bir insanın göndermesinden dolayı olmamışsa, hayvanın fiiline itibar edilmez. Sahibinin bu durumdaki köpeği men etmesi, ilk göndermesi gibidir. O sırada da besmele bulunmuştur.

Bu kurala göre; bir Müslüman, köpeğini av peşine gönderdikten sonra bir mecûsi (ateşe tapan) onu men etse ve köpek duraklasa bunun zararı olmaz. Çünkü onu Müslümanın göndermesi, tuttuğunun helâl olmasını gerektiren bir fiildir. Bu, ancak onun ayarında bir fiille kalkar. Men etmek, göndermekten daha aşağı bir fiildir. Onunla, köpeği göndermekle sabit olan hüküm değişmez.

Eğer gönderen mecûsî olsa idi, Müslümanın men etmesinin yararı olmazdı. Çünkü mecûsînin fiili haram kılıcıdır. Müslümanın men etmesi ile kalkmaz. Çünkü men etmek göndermekten aşağı bir fiildir.

Av köpeği veya doğan, bir kimse tarafından gönderilmeden av peşinden gitse, sonra sahibi onu men etse; eğer hayvan onun men etmesi ile duraklamazsa yakaladığı av helâl olmaz.

Çünkü hayvanın yakalamasında Müslümanın fiilinin etkisi yoktur. Avcı hayvan, avını gönderilmeden yakalarsa o av helâl olmaz.

Eğer hayvan, sahibinin men etmesi ile duraklarsa, kıyasa göre avın yine helâl olmaması gerekir.

Çünkü sahibinin engellemesi gönderme değildir. Çünkü kişi tazısını elinden gönderir. Engellediği zaman ise tazı sahibinin elinde değildi. Göndermeden de köpeğin avladığı av helâl olmaz.

Ancak Muhammed (rh.a.) istihsana göre hüküm verdi ve sahibinin engellemesi ile duraklarsa, bu engellemeyi ilk gönderme gibi kabul etti.

Avcının başına kimi zaman bu tür şeyler gelir. Çünkü köpek avı gördüğü durumda sahibi göremeyebilir. Sahibinin göndermesini beklemez. Kendisi avın peşinden gider. Sahibinin kendisini engellemesi için bakar. Sahibi onu engellediği zaman avın yakınında olur ve onu yakalar. Burada dikkate alınacak olan köpeğin

kendiliğinden avın peşinden gitmesi değildir. Köpek, sahibinin engellemesi ile duraklarsa bu, baştan gönderme gibi kabul edilir. Önceki mesele ise böyle değildir. Çünkü orada muteber bir fiilin kaldırılmasına ihtiyaç vardı. Kaldırma (Fesih) ise buna uygun değildir.

Bu, daha önce söylediğimiz şu meselenin benzeridir: Bir kimse yola kuyu kazsa, başka birisi de kuyunun kenarına bir taş koysa ve birisi taşa takılıp kuyuya düşse tazminat, taşı koyanadır. Aynı şekilde birisi kuyunun kenarındaki bir taşı oradan alsa veya onu sel götürse ve birisinin ayağı kayıp kuyuya düşse tazminatı kuyuyu kazan öder. Çünkü onun fiilinden başka bir fiil bulunmuş değildir. Dolayısıyla, önceki meselenin aksine onun fiilinin hükmü devam etmektedir.

Köpek ve av, köpeği gönderen Müslümanın gözünden kaybolsa, avcı hiç ara vermeden avı arasa ve onu öldürülmüş olarak bulsa; üzerinde başka bir şeyin yaralama eseri yoksa o avı yemek helâl olur. [11/240]

Çünkü avı aramayı bırakmamak kişinin gücü dahilindedir. Ama onun gözünden kaybolmasını önlemek kişinin gücü dışındadır. Özellikle ormanlık yerlerde ve çöllerde böyledir.[206] Kuşa ok değdikten sonra bazen bir süre dayanır. Uçup avcının gözünden kaybolur sonra düşer.

Bir avcı, yaraladığı hayvanı aramaktan vazgeçip, akşam yaklaşıncaya kadar başka bir işle uğraşsa, daha sonra avı üzerinde yara izi olduğu durumda ölü olarak bulsa, ama onu köpeğin mi yoksa başka bir şey mi yaraladığını bilemese; köpek veya doğan avın yanında ise Hanefîlere göre onun yenilmesi helâl değildir.

Şâfiî (rh.a.)'ye göre ise helâldir. Çünkü onun ölümünün görünen nedeni, köpeği veya doğanı göndermek ya da silah atmaktır. Nedenin peşinde görünen hüküm, o nedene göre verilir. Bunun bir örneği şudur: Bir kimse birisini yaralasa ve yaralı ölünceye kadar iyileşmese, yaralayan kişi katil kabul edilir.

Biz Hanefîler görüşlerimize şu rivâyeti delil almışızdır: Bir adam Peygamber (s.a.v.)'e bir av hediye etti. Peygamber (s.a.v.), adama: "*Bunu nerede buldun?*" diye sordu. Adam şu cevabı verdi: Onu dün vurmuştum ama yitirdim. Akşama kadar aradım bulamadım. Ortalık karardı. Bu gün buldum"[207] dedi. Bu cevap üzerine Peygamber (s.a.v.) şöyle buyurdu:

---

[206] Bu cümlenin metindeki karşılığı, خُصُوصًا في نَهارٍ و لَيْلٍ şeklindedir ve yanlıştır. Yazım hatasıdır. Doğrusu, tercemenin karşılığı olan; خَصوصًا في غيمٍ و مَطَرٍ şeklindedir. (bkz. Mecmau'l-enhur şerhu Mülteka'l-ebhur, İst. 1273 II, 822)

[207] "Onu bu gün buldum" diye terceme ettiğimiz cümle metinde "onu gece buldum" anlamına gelecek şekildedir. Ama bu kanaatimizce basım hatasıdır. Hadisi hadis kaynaklarında bulamadım. Ama doğrusu terceme ettiğimiz şekilde olmalıdır. Zaten hadis Bedâiu's-sanâî'de de (V, 59) bizim terceme ettiğimiz şekilde yer almıştır. Ayrıca orada; "mızrağım onda geçdik idi" ilavesi de vardır.

لعلّ بعضَ السِّباعِ أعانكَ عَلَى قتله فلا حاجة لي فيه

"Belki de bazı hayvanlar onu öldürmekte sana yardım etmişlerdir. Benim ona ihtiyacım yok."[208]

İbn Abbas (r.a.) da şöyle demiştir: "Öldüğünü gördüğün avı ye, gözünden kaybolanı bırak."

Şu kadar var ki, sakınılamayacak kadar bir süre kaybolan, affedilmiştir. Aramayı bırakmak, kaçınılması mümkün olan şeylerdendir. Zarûretten dolayı sabit olan bir şey, zarûret konusundan başkasına geçmez. Öte yandan av kaçtıktan sonraki kısa sürede, ona başka bir şeyin zarar vermemesi düşünülür. Ama avcı aramayı terkederse veya süre uzarsa onun başka bir felakete uğramasından emin olunamaz. Ayrıca avcı aramayı bırakmasaydı belki de onu diri olarak bulacak ve kesecekti. Bunu da bilmemektedir. Bu yönden bakıldığında, gücü yettiği durumda normal yollarla kesmeyi terketmiş olur.

Kaçan avı bulduğunda, onda kendisinin neden olduğundan başka bir yara daha bulursa onu yiyemez. Avı vurduktan sonra ister aramaya devam etsin, ister bıraksın değişmez.

Çünkü bu durumda onun ölümünün iki nedeni vardır. Birisi helâl olmasını, öteki de haram olmasını gerektirmektedir. Avlanılan kuşun suya düşmesi durumunda olduğu gibi, haram kılan neden üstün tutulur.

Bir kimse av köpeğini veya doğanını bir avın peşine salsa; bu hayvan, peşinden salındığı avı, veya başka bir avı yahut da birkaç avı birden getirse, avcı hayvanlar, gönderdiği yönde olduğu sürece bunların hepsi helâldir.

Çünkü avcı hayvanı Müslüman birisi göndermiştir. Bu gönderişin hükmü devam etmektedir. Onu gönderdiği taraftan tuttuğu avı, sahibi için tutmuştur. Dolayısıyla helâl olur.

Avcı hayvanı gönderirken, hangi ava gönderdiğini belirlemek Mâlik (rh.a.)'in dışındaki müctehidlere göre koşul değildir. Mâlik (rh.a.)'e göre ise belirleme koşuldur. Eğer belirlemezse sanki avcı hayvanı göndermemiş gibi kabul edilir.

İbn Ebî Leylâ (rh.a.)'dan da belirlemenin koşul olmadığı ama belirlerse de ona uymanın gerekli olduğu rivâyet edilmiştir. Dolayısıyla avcı hayvan, gönderenin belirlediğinden başka bir av tutarsa helâl olmaz.

Biz Hanefîler şöyle diyoruz: Koşul olan, kişinin yapabileceği şeylerdir. O da avcı hayvanı göndermektir. Hayvanın avlayacağı avı belirlemek ise onun gücünün dışındadır. Çünkü avcının, köpeği veya doğanı sadece belirlediği avı yakalaması

[11/241]

[208] Abdurrezzak, *Musannef*, IV/460; İbn Ebû Şeybe, *Musannef*, IV/242; Tirmizî, Sayd 4; Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, IX/241; Ebû Nuaym, *Hilyetü'l-evliyâ*, IV/308.

doğrultusunda eğitmesi mümkün değildir. Öte yandan belirlemenin, ne onun ne de köpek için yararı yoktur. Çünkü bütün avlar onun maksadına hizmette eşittirler. Köpek için de öyledir. Onun her avı yakalamayı kasdetmesi, bu avı da almasına imkan verir. Onun eğitilmişliğinin göstergesi, yakaladığı avı yememek suretiyle, sahibi için yakalamasıdır. Dinde yararı olmayan bir şeyi koşul koymak dikkate alınmaz. Öyle olunca ister sahibinin belirlediği avı tutsun ister başkasını hepsi helâldir.

Avcı hayvan bir avı öldürse ve uzun süre onun üzerine yumulsa, sonra yanından başka bir av geçse ve onu yakalasa bu ikincisi yenilmez.

Çünkü o, birinci avın üzerinde uzun süre yattığı zaman, sahibi tarafından ava gönderilmesinin hükmü kalkmıştır. İkinci av için sahibi tarafından gönderilmiş sayılmaz. Oysa avın helâl olması için, onun üzerine avcı hayvanın gönderilmesi koşuldur.

"Avcı hayvanın birinci avın üzerine çökmesi, sahibinin gönderme hükmünü nasıl ortadan kaldırmış olur?" diye sorulursa şu cevabı veririz: Birinci avın üzerine çöküşü, avı getirmesi için, sahibinin göndermesi üzerine olmuştur. Bu, sahibinin kendi fiili gibidir. Eğer avcı hayvanı engellerse, hayvanın fiili insanın fiilinin hükmünü kaldırmada etkili olmakla birlikte, göndermenin hükmü kesintiye uğrar. Nitekim bir kimse hayvanı bir yola salsa ve hayvan o yolu bırakıp sağa sola gitse ve başka birisinin malını telef etse, hayvanı salan kişiye tazminat gerekmez. Ama saldığı yolda gider de telef ederse ödeme gerekir.

Avcı hayvanın yakaladığı av diri iken, sahibi yetişse ama onu kesmese ve av ölse yenilmez.

Avcı hayvanın yakaladığı avın canlı olarak ele geçmesi durumu

Ava yetiştiği zaman kesme imkanı bulduğu durumda kesmezse, yenilmesinin caiz olmayışı açıktır. Çünkü normal yollarla kesme imkanı olduğu durumda, kesmemiştir.

Ava yetiştikten sonra kesme imkanı bulamamışsa; eğer bu, âlet yokluğundan dolayı ise yine yenilmez.

Çünkü kusur, kendisindendir. Yanında kesici bir âlet taşımamıştır.

Vakit darlığından dolayı kesememişse, Hanefîlere göre hüküm yine aynıdır, o hayvanın eti yenilemez.

Hasen b. Ziyad ve Muhammed b. Mukâtil (rh.a.) bu durumdaki hayvanın etinin istihsanen yenilebileceğini söylerler. Şâfiî (rh.a.) de bu görüşü kabul etmektedir. Çünkü zorunlu kesim normal kesimin yerini alır. Asıl olana güç yetmeyince, onun yerine geçen bedel düşmez. Bu, su bulup da su ile arasında yırtıcı hayvan veya düşman bulunan teyemmümlünün durumuna benzer. Üzerinde durduğumuz meselede, asıl yapılması gereken boğazdan kesme işlemine av yapanın gücü

yetmemiştir. Dolayısıyla zorunlu kesim, kesilen hayvanın helâl olmasını gerektirmiştir.

Bu konuda biz Hanefîler ise şöyle diyoruz: Zorunlu kesim, hayvan, kesecek olan kişinin eline diri olarak geçmediği zaman söz konusudur. Oysa bu meselede hayvan diri olarak eline geçmiştir. Öyle olunca, onun hakkında zorunlu kesim hükmü düşmüştür. Bu, yere düştüğü durumda yer darlığı yüzünden boğazından kesemeyip de, yaralayıp öldürdüğü koyun ve deve gibi olmuştur. Bu gibi hayvanların yenilmeleri de helâl değildir.

Bu söylenenler; av köpeğinin avı yaralamasından sonra, o yara ile diri olarak kalacağı olasılığına göredir. Fakat köpek avın karnını yarsa ve içindekileri çıkarsa, sonrada av, diri olarak avcının eline geçse ve ölse yenilmesi helâl olur.

Çünkü bu av, avcının eline geçmeden önce zorunlu kesim gerçekleşmiştir. Geriye kalan, sadece kesilen hayvanın can çekişmesidir. Boğazından kesilen hayvanın can çekişirken suya düşmesi durumunda etinin yenildiği gibi, burada da hayvanın kıpırdaması itibar edilmez. Bununla hayvan haram olmaz.

Bir rivâyete göre, bu görüş Ebû Yusuf (rh.a.) ve Muhammed (rh.a.)'e aittir.

[11/242]

Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre ise, bu durumdaki hayvanın eti yenilmez. Kıyasın gereği budur. Çünkü o hayvan, avcının eline diri olarak geçmiştir. Ölümü, kendisine değen şeyden dolayıdır. Bundan sonra yaşaması zayıf bir zandır. Hüküm, gerçek olarak bilinen şey üzerine kurulur. Bu da hayvanın diri olarak avcının eline geçmesidir. O durumda, normal şekilde kesilmedikçe helâl olmaz.

Eğitilmiş tüm köpekler av konusunda aynıdır

Eğitilmiş oldukları zaman, kürt köpeği ve siyah köpek, avlamak konusunda diğer köpekler gibidirler.

﴿ قُلْ أُحِلَّ لَكُمُ الطَّيِّبَاتُ وما عَلَّمْتُمْ من الْجوارح مُكَلِّبِين تُعَلِّمونهُنَّ مِمَّا عَلَّمَكُمُ اللَّهُ ﴾

"De ki bütün iyi ve temiz şeyler size helâl kılınmıştır. Allahu Teâlâ'nın size öğretttiğinden öğretip avcı durumuna getirdiğiniz hayvanların...." (el-Mâide, 5/4) âyeti buna delildir.

Müellifin bu meseleyi ele alışının nedeni; bazı insanların, sadece kulakları sarkık olan tazı köpeklerinin avladığının helâl olduğunu söylemeleridir. Bize göre bu görüş muteber değildir. Yırtıcı hayvanlardan birisi eğitilip de av peşine gönderildiğinde, onların tuttukları da helâldir. Çünkü bu av için eğitilmiştir. Avın peşine salınmıştır. Avcı için tutar.

Pars, sahibi av peşine gönderdikten sonra, ava saldırma imkanı buluncaya kadar gizlense, sonra üzerine atılıp öldürse, o avın yenilmesi haram olmaz.

Çünkü hayvanın yaptığı bu işten kaçınmanın imkanı yoktur. Bu, parsın bilinen bir âdetidir. O, avın peşinden koşmaz. Gizlenip pusu kurar. Bu yüzden, onun beklemesine itibar edilmez. Öte yandan, sahibinin onu göndermekteki maksadı gerçekleşmiştir. Bununla, avı göndermenin hemen peşinden yakalama işi kesintiye uğramış olmaz.

Av peşine salınan köpek bir tarafa gizlenip avına saldırsa ve onu öldürse onun eti de yenilir. Bu köpek, pars hükmündedir.

Çünkü daha önce belirttiğimiz üzere, köpek gizlenmekle avına saldırma imkânı bulmayı kastetmiştir. Onunla göndermenin hükmü kesilmez.

Hocamız (rh.a.); parsın bazı özellikleri olduğunu, her akıl sahibinin bunları ondan alması gerektiğini söylerdi. Bu özelliklerden bazıları şunlardır:

a. Pars, uygun zamanı buluncaya kadar avından gizlenir. Akıllı insan da, düşmanına hemen karşı çıkmamalı, maksadını elde etmek için kendini yormadan, fırsat kollamalıdır.

b. Kişi, terikesine bindirsin diye arkadaşının arkasından yürümemelidir. Ta ki arkadaşı kendisine muhtaç olduğunu düşünüp, onu horlamasın. Akıllı olan, başkası için yaptığı şeyde kendisini küçük düşürücü şeylerden kaçınır.

c. Pars, dövülerek eğitilmez. Aksine avını yediğinde, onun önünde köpek dövülür. O bununla eğitilir. Akıl sahibi kişi de başkasının başına gelenlerden öğüt almalıdır. Nitekim, "mutlu kişi, başkasından öğüt alandır" denilmiştir.

d. Pars pis şey yemez. Sahibinden temiz et ister. Akıllı olanın da ancak helâl ve temiz şeyleri yemesi gerekir.

e. Pars avının üzerine üç veya beş kere atıldığında avını yakalayamazsa avı terk ederek, "başkası için kendi canımı tehlikeye atmam" der. Akıllı kişi de böyle olmalıdır.

Avcı köpeğinin avına, eğitimsiz başka bir köpek ortak olursa, o avın eti yenilmez

Peygamber (s.a.v.)'in, Adiy b. Hâtim (r.a.)'e söylediği şu söz buna delildir:

وإن شارك كلبك كلب آخر فلا تأكل ، فإنك إنما سميت على كلبك ، ولم تسم على كلب غيرك

"Köpeğine başka bir köpek ortak olmuşsa yeme. Çünkü sen kendi köpeğine besmele çektin, başkasının köpeğine çekmedin."[209]

---

[209] Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, VII/182; Buhârî, Zebâih ve Sayd 1; Müslim, Sayd ve Zebâih 1; Nesâî, Sayd ve Zebâih 2; Beyhakî, *es-Sünenü'l*-kübrâ, III/143; Zeylei, *Nasbu'r*-râye, IV/369.

Öte yandan iki köpeğin birlikte tuttukları avda, helâli gerektiren delil ile, haramı gerektiren delil birleşmiştir. Böyle durumlarda haramı gerektiren delil üstün kılınır.

Başkasının köpeği veya bir yırtıcı hayvan, avı avcının köpeğine doğru sürse ve avcının köpeği tutsa, onun da eti yenilmez.

Çünkü eğitimsiz köpek, onun tutmasına yardım etmiştir. Bu yardım ile, iki fiil arasında ortaklık sabit olur.

Bu konuda doğan da aynen köpek gibidir.

Çünkü eğitilmemiş hayvanın yaptığı şey avı haram kılar. Bu hususta da köpek ile doğan eşittirler.

[11/243]

Avı, besmele ile gönderilen köpeğe doğru bir mecûsî (ateşe tapan) sürse ve köpek yakalasa yenilmesinde bir sakınca yoktur.

Çünkü mecûsînin fiili, köpeğin fiili cinsinden değildir. Dolayısıyla onunla, ortaklık meydana gelmez. Aksine av, sadece Müslümanın gönderdiği köpeğin fiili ile tutulmuş olur. Dolayısıyla yenilmesi helâldir. Avcı tarafından gönderilmeyen köpeğin veya yırtıcı hayvanın fiili, Müslüman olan sahibi tarafından gönderilen köpeğin fiili ile aynı cinstendir. Dolayısıyla bunlar arasında ortaklık gerçekleşir ve avda helâli gerektiren fiille, haramı gerektiren fiil birleşmiş olur.

Av köpeği, tuttuğu avı yerse eğitilmiş olmaktan çıkmış demektir.

Çünkü ondaki eğitilmişlik alâmeti, avı yememektir. Doğanın eğitilmişlik alâmeti ise, çağırıldığı zaman gelmesidir. Nasıl ki doğan sahibinden kaçıp, çağrıldığı zaman gelmediğinde eğitilmiş sayılmazsa, köpek de tuttuğu avdan yerse eğitilmiş sayılmaz.

Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre, köpeğin, avı yemeye başladığı andan önce avlayıp da, sahibinin elinde bulunan avların yenilmesi de haramdır.

Ebû Yusuf (rh.a.) ve Muhammed (rh.a.)'e göre ise önceki avları yenilebilir.

Hanefî fakihlerinden (rh.a.) bazılarına göre; bu avların avlanış vaktinin yakın olması durumunda yenilmez. Ama avlandığı vakit üzerinden bir ay gibi uzun bir süre geçmiş de sahibi bunları pişirmişse bu avları yemek haram değildir. Çünkü uzun süre içinde unutma gerçekleşir. Bu, o köpeğin daha önceki tarihte eğitilmemiş olduğunu göstermez. Ama süre kısa olursa, köpeğin öğrendiği sanatı unuttuğu pek akla gelmez. Böylece köpeğin o avı tuttuğu zaman eğitimli olmadığı anlaşılmış olur. Daha önce onları yemeyişi, onları sahibi için tuttuğundan değil, tok olmasından dolayı imiş.

Doğrusu; köpek tuttuğu avı yemeye başladığında, yakalanan avların üzerinden ister az ister çok süre geçsin, her iki durumda da ların görüş ayrılığı vardır.

Ebû Yusuf (rh.a.) ve Muhammed (rh.a.) şöyle demektedir: "Biz, tutulan avların helâl olduğuna hükmettik. Köpeğin bu avdan yeme nedeni ihtimallidir. O, eğitilmiş olduğu durumda şiddetli açlıktan dolayı yemiş olabileceği gibi, eğitilmiş olmadığından dolayı, kendisi için tutmuş ve bu yüzden yemiş de olabilir. Hükmedilen bir şeyin şüphe ile iptal edilmesi caiz değildir. Şu söz anlamsızdır: "Biz, onun eğitilmemiş olduğuna hükmettik. Hem yemiş olduğu avın hem de eğitilmedikçe, daha sonra yakalayacağı avların yenilemeyeceğini söyledik. Biz bu yargıya, ihtimali dikkate alan ictihadla ulaştık. İctihad bir delildir." Evet ictihad bir delildir. Ancak gelecekte uyulmaya uygundur. Ama geçmişte yapılanlar için değildir. Tutulup ele geçirilmiş olan avların helâlliği daha önceden geçen bir içtihada dayanır.

Ebû Hanîfe (rh.a.) ise şöyle demektedir: Köpeğin ondan yemesi ile avın eğitimsiz bir köpek tarafından yapıldığı anlaşılmış olmaktadır. Köpeğin kendisinden yediği av yenilemeyeceği gibi, öncekilerden de yenilmez. Bunu şöyle açıklamak mümkündür: Avcılık köpek için bir sanat durumuna gelince, onun zorunlu hareketleri gibi olur. Terzi terziliği ve okçu ok atmayı tümüyle unutmayacağı gibi, eğitilen köpek de avcılığı bir daha bütünüyle unutmaz. Ancak avlanmayı bir süre terkederse, zayıflar. Şu anda eğitimsiz olduğu açığa çıkınca, bunun zorunlu sonucu köpeğin önceden de eğitimsiz olduğudur. Yemeyi, karnı tok olduğu için terketmiş, acıkınca da yemiş olabilir. Çünkü her ne kadar yemesinin farklı olasılıkları bulunabilirse de bunlardan birisi, dinî delille kesin olarak belirginleşmiştir. O da, o avı yemenin haram duruma geldiği zaman, köpeğin eğitimsiz olduğudur. Dolayısıyla öteki olasılık düşer.

Ebû Hanîfe (rh.a.)'nin görüşü ihtiyata daha uygundur. Bir şeyin helâl veya haram olduğu hükmü, ihtiyata göre verilir. Bu köpeğin, tekrar eğitilinceye kadarki avı helâl değildir. [11/244]

Köpeğin eğitimi, üç kez peşi peşine tuttuğunu yememesidir. Bundan sonra, tuttuğu dördüncü avını yemek Ebû Yusuf (rh.a.) ve Muhammed (rh.a.)'e göre helâl olur.

Köpek nasıl eğitimli duruma gelir?

Ebû Hanîfe (rh.a.) bundan sonrası için bir süre koymamış, "eğitilmiş olunca, tuttuğunu ye" demiştir.

Köpeğin ilk eğitimi konusunda da ların görüşleri arasında fark vardır:

Ebû Yusuf (rh.a.) ve Muhammed (rh.a.)'e göre; köpek çağrıldığı zaman gelir, avın peşine gönderildiğinde gidip yakalar ve yemez de, bunu üç kez tekrarlarsa eğitilmiş olur.

Ebû Hanîfe (rh.a.) bunun için bir süre koymamış, onun eğitilmişliğine hükmetmenin, sahibinin kanaatine bırakıldığını söylemiştir. Eğer onun baskın görüşü, köpeğin eğitilmiş olduğu yolunda ise eğitilmiş demektir. Bazen bunun için uzman avcıların görüşüne de başvurur. Onlar, eğitilmiş olduğunu söylerlerse eğitilmiş demektir.

Ebû Hanîfe (rh.a.)'nin gerekçesi şudur: Eğitilmiş hayvan, sahibi için tutar. Bunun göstergesi de onu yememesidir. Şu kadarı var ki, yememesi karnının aç olmamasından kaynaklanabileceği gibi, sahibi için tuttuğundan da olabilir. Yemeyi peşi peşine birkaç kez terkettiği zaman aç olmadığı için yememe olasılığı düşer. Böylece anlamış oluruz ki, onun yememesinin nedeni, avı sahibi için tutmuş olmasıdır.

Biz bunu üç defa ile değerlendirdik. Çünkü bu, iyi seçimin ölçüsüdür.

Bunun aslı Mûsâ (a.s.) ile öğretmeni (Hızır (a.s.)) arasında geçen olaydır. Hızır (a.s.) üçüncü seferinde Musa'ya (a.s.); *"Bu, seninle benim aramızın ayrılmasıdır."* (el-Kehf 18/78) demiştir.

Aynı şekilde din, satım sözleşmesindeki seçimlik süresini üç gün olarak belirlemiştir.

Bir eve girmek için izin istemenin sınırı da üç defadır. Peygamber (s.a.v.) bir hadisinde:

إِذَا اسْتَأْذَنَ أَحَدُكُمْ ثَلاثًا وَلَمْ يُؤْذَنْ لَهُ فَلْيَرْجِعْ

"Sizden biriniz (bir eve girmek için) üç kez izin ister de izin verilmezse geri dönsün" buyurmuştur.[210]

Ömer (r.a.); "Biriniz ticaretinde üç kez kâr edemezse, iş değiştirsin." demiştir.

Ebû Hanîfe (rh.a.) şöyle der: Kişisel görüş ile miktar konulmaz. Bu konuda kıyas da işlemez. Bunu bilmenin yolu, ictihad ve uzmanına sormaktır. Nitekim Allahu Teâlâ şöyle buyurmuştur:

﴿ فَاسْأَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لا تَعْلَمُونَ ﴾

"Bilmiyorsanız bilene sorunuz." (en-Nahl, 16/43) Uzmana sorma şunun için gereklidir. Hayvanın tuttuğunu yememesi, bir kez tokluktan olabileceği gibi birçok kez de tokluktan olabilir.

Hasen b. Ziyad (rh.a.), Ebû Hanîfe (rh.a.)'den, Ebû Yusuf (rh.a.) ve Muhammed (rh.a.)'in dedikleri gibi, eğitilmişliğe karar verme sayısının üç kez olduğu görüşünü rivâyet etmiştir. Ancak bu rivâyette Ebû Hanîfe (rh.a.), üçüncü avın yenilebileceğini

---

[210] Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, IV/403; Buhârî, İsti'zân 13; Müslim, Âdâb 33; Ebû Dâvûd, Âdâb 138; Taberânî, *el-Mu'cemü'l-kebîr*, VII/313; Zeyleî, *Nasbu'r-râye*, VIII/90.

söyler. Ebû Yusuf (rh.a.) ve Muhammed (rh.a.)'e göre ise üçüncü av yenilmez. Çünkü onun eğitilmiş olduğuna karar verebilmek için, üçüncü avını yememesi gerekir. Ebû Hanîfe (rh.a.) ise, üçüncü avını sahibi için tuttuğu belli olunca onun eğitilmiş olduğuna karar verilebileceğini söyler. Avı sahibi için tuttuğuna hükmedilince, sahibinin göndermesinden sonra yakaladığını yemek helâl olur. O da dördüncü avdır.

Avcı, avı köpekten aldıktan sonra köpek üzerine sıçrayıp ondan bir parça koparsa, avcı da avı köpeğe atsa ve köpek yese, bununla köpek eğitimden vaz geçmiş olmaz. Avdan kalanı yemek de helâl olur.

Çünkü köpeğin, avı yememek suretiyle sahibi için tuttuğu kesindir. Av, köpek sahibinin eline ulaşmıştır. Bundan sonra, o avın etinden parça koparması ile, sahibi tarafından atılan etten parça koparması arasında fark yoktur. Köpek bu hareketiyle eğitimli olmaktan çıkmaz. Öte yandan avcıların âdeti, avı aldıktan sonra onun bir parçasını köpeklerine atarlar. Sanki âdeten köpek bunu sahibinden ister. Aslında bu onun bilgisizliğine değil becerikliliğine delildir. [11/245]

Köpek avını izlerken ondan bir parça koparıp yese, sonra izlemeye devam etse ve onu veya başka bir avı yakalayıp öldürse, o avı yemek helâl olmaz.

Çünkü köpeğin ele geçirdiği avdan yemesi, eğitimsizliğine ve gayretinin sahibi için tutmaya değil, kendisi için olduğuna delildir. Yediği ile doyduğu için, kalanını yememiş bırakmıştır.

Avı izlerken kopardığı parçayı yere atsa ve izlemeye devam edip avı yakalasa ve öldürse, sonra dönüp yere attığı parçayı yese bunun zararı olmaz.

Çünkü ihtiyacı olduğu durumda ilk anda ondan yememekle, avı sahibi için yakaladığı anlaşılmıştır. Avı yakaladıktan sonra dönüp yere attığı parçayı yemesi, avdan sahibinin kesip attığı parçayı yemesi gibidir. Hatta bu onun ustalığına delildir. Çünkü avı yakaladıktan sonra, sahibinin önemsemeyeceği bir şeyi yemekle uğraşmıştır. Bu, onun kanını içmek gibidir. Kanı içmenin eti haram etmeyeceğini daha önce söylemiştik.

Ateşe tapanın kestiği yenir mi?

Ateşe tapanın (Mecûsînin) avı ve kestiği yenilmez.

Bunun delili Peygamber (s.a.v.)'in şu hadisidir:

سُنُّوا بالْمجوس سُنَّةَ أهْلِ الْكتاب غَيْرَ ناكِحي نسائهمْ ، ولا آكلي ذَبائحهمْ

"Ateşe tapanlara (Mecûsîlere), kitap ehline yaptığınız işlemi yapınız. Ancak onların kadınları ile evlenmeyin, kestiklerini yemeyin."[211]

---

[211] İbn Ebû Şeybe, Musannef, III/488; Müslim, Hayz 106; Dârekutnî, *Sünen*, IV/296; Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, I/24; Zeyleî, *Nasbu'r-râye*, IV/246.

Ayrıca onlar iki tanrı olduğunu iddia ederler. Dolayısıyla onların yalnızca Allah'ın adını anmaları söz konusu olmaz. Oysa kesilen hayvanın helâl olmasının koşulu budur.

Ancak balık, çekirge, balık yumurtası ve bunlar gibi kesilmesi gerekmeyen şeyleri toplarlarsa yenilir.

Çünkü bu gibi şeylerin helâl oluşu, insan eylemine dayanmaz. Aksine, kimsenin fiili olmadan ölseler veya besmele çekilmeden tutulsalar da yenilmeleri helâl olur. Kesilmesi gerekmeyen bir şeyin helâl olması için besmele de gerekli değildir.

Bütün bu sayılan meselelerde İslam dininden çıkan (mürted) kişi, mecûsî gibidir.

Mürted, İslam'dan çıktıktan sonra, kitap ehli olanların dininden başka bir dine girerse, bu hükümde yadırganacak bir şey yoktur. Çünkü o inancında eskiden kâfir olan gibidir. Kitap ehli olanların dinine dönmesi durumunda kestiğinin helâl olmayışı ise, yeni dininin Müslümanlar tarafından tanınmaması nedeniyledir. Eski dinini terketmiş, dinsiz durumuna düşmüş sayılır. Oysa bir kadınla evlenmenin veya birisinin kestiğini yemenin helâl oluşu, onun bir din sahibi olmasına bağlıdır.

Bir Müslümanın, ateşe tapanın bıçağıyla hayvan kesmesinde olduğu gibi eğitilmiş köpeği veya doğanı ile avlanmasında da sakınca yoktur.

Çünkü âlette bulunması gereken özellik, yaralayıcı olmasıdır. Bu da sahibinin Müslüman veya mecûsî olması ile değişmez. Hayvan kesmede ve avlanmada ise, işe ve o işi yapana önem verilir. Müslüman da buna ehildir.

Bir mecûsî, köpeğini avın peşinden saldıktan sonra Müslüman olup hayvanı engellese, köpek bununla duraklasa sonra avı tutup öldürse, onu yemek helâl olmaz. Görmez misin bu köpeği başka bir Müslüman engellediğinde de durum aynıdır.

Çünkü onun göndermesi, yakaladığı avın etinin haram olmasını gerektiren bir eylemdir. Bu hüküm, Müslüman olduktan sonra köpeği engellemesi ile kalkmaz. Bu durumda, köpeği gönderme ve silahı atma vaktine bakılır. O sırada mecûsî veya İslam dininden çıkmış mürted ise hayvan avı tutmadan önce İslam'a girse bile avının yenilmesi helâl olmaz. Avcı hayvanı gönderirken veya silah atarken Müslüman olsa da (Allah korusun) sonra dinden çıksa, onun avı yenilir. Çünkü avın helâl oluşu besmele çekmeye itibarladır. Daha önce de belirttiğimiz gibi bu koşul köpeği gönderirken veya silahı atarken gereklidir. Ok veya kurşun ava değerken değil. Dolayısıyla silahı atarken Müslüman ise ve besmele çekmişse onun yaptığı, avın helâl olmasını gerektirecek şekilde kesinleşmiştir. Bu hüküm ölümle değişmediği gibi, dinden çıkmakla da değişmez. Nitekim ava silah atan kişi kurşun ava değmeden ölse bu avın eti yenilir.

Silahı atarken veya köpeği gönderirken ateşe tapan bir mecûsî veya İslamdan çıkan bir mürted ise bu durumda da onun yaptığı, avlanan avın etinin haram olmasını gerektirecek şekilde kesinleşmiştir. Bundan sonra Müslüman olması ile değişmez. [11/246]

Burada silah atma ve köpek gönderme, koyunu kesmeye benzetilmiştir.

Yahûdi ve Hıristiyanın kestikleri ve avladıkları yenilir.

Ehli kitabın avı ve kestiği yenir mi?

Allahu Teâlâ'nın şu âyeti buna delildir:

﴿ وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم ﴾

"Kendilerine kitap verilenlerin yemeği size helâldir." (el-Mâide, 5/5) Buradaki yemekten maksat, kestikleridir. Çünkü kestikleri etin dışındaki yemeklerin olduğu söylenirse, o zaman kitap ehlinin özellikle söylenmesinin bir anlamı olmaz. Öte yandan onlar tek Allah'a inandıklarını iddia etmektedirler. Dolayısıyla bunların yalnızca Allah'ın adını anmaları mümkündür.

Ancak bir Müslüman, kitap ehline mensup bir kimse hayvan keserken onun, Mesîh'in (İsa -a.s-) adını andığını duyarsa o zaman o hayvanın eti yenmez.

Çünkü o, Allah (c.c.)'tan başka birisi adına kesmiş olur. Zaten bunu Müslüman söylese onun kestiği de yenilmez. Allahu Teâlâ'nın şu âyeti bunu göstermektedir:

﴿ وما أهل لغير الله به ﴾

"Allah'tan başkası adına boğazlananlar.....size haram kılındı." (el-Mâide, 5/3)

Bu konuda kitap ehli olan birisinin durumu, Müslümanınkinden daha üstün olamaz.

Şâfiî (rh.a.)'nin talebesinden bazıları, bu şekilde kesilen hayvanın etinin yenilebileceği görüşündedirler.

Bu görüşün gerekçesi şudur: Müslüman, Allah'tan başkası adına kestiği zaman dinden çıkar. Bu yüzden o hayvanın eti yenilmez. Oysa bu durum, kitap ehli için söz konusu değildir. Onlar, *"Allah Meryem'in oğlu Mesih'tir"* (el-Mâide, 5/17) demelerine rağmen din onların kestiklerini helâl kabul etmiştir. Bu inançlarını açığa vurdukları zaman da kestikleri haram olmaz.

Kitap ehlinin, Mesîh'in (İsa -a.s.-) adını anarak kestiğinin haram olduğu görüşünde olanlar ise şöyle diyorlar: Bir şeyin haramlığı bir özelliğe bağlı ise, haramlık ancak o özelliğe itibar edilmesi ile sâbit olur. Allahu Teâlâ, kendisinden başkası adına kesilenlerin yenilemeyeceğini açık ve kesin bir dille belirtmiştir. Müslüman hakkındaki haramlık, bu niteliğe itibarla olmayacağına göre bu âyetten maksadın kitap ehli olanlar olduğu anlaşılmış olur. Eğer Müslüman hakkındaki

haramlık, bu özelliğe itibarla ise kitap ehli için de aynı özelliğe itibar edilmesi önceliklidir.

Ali (r.a.)'nin; "Onların hayvan keserken Mesîh'in adını andıklarını duyarsanız onu yemeyin" dediği rivâyet edilmiştir.

Ateşe tapan (Mecûsî), yahûdîliğe veya Hıristiyanlığa dönse kestiği ve avladığı yenilir. Biz Hanefîlere göre onun yeni inancı dikkate alınır.

Çünkü o artık tek Allah'a inandığını iddia etmektedir. İki tanrı iddiasına döndüğünü haber vermesi caiz olmaz. Yeni inancında kabul edildiğine göre, eskiden beri o inançta imiş gibi kabul edilir.

Bir Yahûdî veya Hıristiyan ateşe tapmaya (Mecûsîliğe) girerse, onun kestiği ve avladığı yenilmez. Temelden mecûsî imiş gibi kabul edilir.

Bir çocuğun ana babasından birisi Hıristiyan diğeri mecûsî olsa ve bu çocuk hayvan kesebilecek durumda olsa, Hanefîlere göre onun kestiği ve avladığı yenilir.

Şâfiî (rh.a.) yenilmeyeceği görüşündedir. Onun gerekçesi şudur: Çocuk, ana babasına tabîdir. Birisinin inancına itibarla onun kestiğinin haram, ötekinin inancına itibarla da helâl olması gerekir. Haram olmasını gerektiren taraf üstün kılınır. Nitekim Müslüman ve mecûsî birlikte bir hayvan kesseler veya bir av avlasalar bu hayvanın eti yenilmez.

Bu konuda biz Hanefîlerin delili de şu hadistir:

كُلُّ مَوْلُوْدٍ يُوْلَدُ عَلَى الْفِطْرَةِ وَأَبَوَاهُ يُهَوِّدَانِهِ أَوْ يُنَصِّرَانِهِ أَوْ يُمَجِّسَانِهِ حَتَّى يُعْرِبَ عَنْهُ لِسَانُهُ إِمَّا شَاكِرًا وَإِمَّا كَفُوْرًا

"Her doğan (İslam) yaratılışı üzere doğar. Sonra ana babası onu Yahûdîleştirir veya Hıristiyanlaştırır ya da mecûsîleştirir. Sonuçta o, ya şükreden ya da nankörlük eden birisi olarak konuşur."[212]

Hadiste çocuğu ana babanın mecûsîleştireceği belirtilmektedir. Oysa üzerinde durduğumuz konuda ikisi değil sadece birisi mecûsîdir. Dolayısıyla çocuğun mecûsî olduğu kesin olarak söylenemez. Öte yandan ana babadan birisi, kestiği helâl olan kimselerdendir.

Çocuk, ana babadan birisi Müslüman diğeri mecûsî olduğunda Müslümana tabi kabul edildiği gibi, burada da kestiği helâl olana tabi kabul edilir. [11/247]

Çünkü çocuk, kendisine yararlı olana yaklaştırılıp, zararlı olandan uzak tutulur. Hıristiyanlık mecûsîlikle karşılaştırıldığında, mecûsîlik çok daha kötüdür.

---

[212] Abdurrezzak, *Musannef*, XI/119; Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, II/233; Buhârî, Cenâiz 79; Taberânî, *el-Mu'cemü'l-kebîr*, I/283; Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, VI/202.

Demek oluyor ki çocuğu ana babasından kitap ehli olana tabi kılmak onun için daha yararlıdır.

Haram ve helâl kılan deliller birlikte bulunduklarında, haram kılanın tercih edilmesi, iki delilin aynı güçte olması durumundadır. Oysa bu meselede eşitlik yoktur. Onun için biz çocuğu, ana babadan ehl-i kitap olana tâbî saydık.

Yıldıza tapanın kestiği ve avının durumu

Sâbiî'nin kestiği ve avı, Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre helâldir ama mekruhtur.

Ebû Yusuf (rh.a.) ve Muhammed (rh.a.)'e göre ise helâl değildir.

Kerhî (rh.a.)'nin dediğine göre aslında bu konuda Hanefî ları arasında fark yoktur. Ancak, Sâbiîler arasında İsa (a.s.)'nın peygamberliğini kabul eden ve Zebûr okuyanlar vardır. Bunlar Hıristiyanlardan bir gruptur. Ebû Hanîfe (rh.a.) bunların kestiklerinin helâl olduğunu söylemiştir. Yine onlar arasında peygamberliği ve kitapları kökten inkar edenler vardır. Onlar güneşe taparlar. Bunlar putperestler gibidir. Ebû Yusuf (rh.a.) ve Muhammed (rh.a.) de bunlar için hüküm vermiş ve Sâbiî'lerin kestiklerinin helâl olmadığını söylemişlerdir.

Bana göre Kerhî (rh.a.)'nin dediği pek uygun değildir. Çünkü usûl âlimleri içinde, yıldıza tapanlardan (Sâbiîlerden) İsa (a.s.)'yı doğrulayanların bulunduğunu bilen hiç kimse yoktur. Onlar İdris (a.s.)'in peygamberliğini kabul ederler. Peygamberliğin sadece ona özgü olduğunu, başka peygamberin bulunmadığını iddia ederler. Ayrıca bunlar yıldızlara saygı gösterirler. Ebû Hanîfe (rh.a.) bunların yıldızlara, ibadet saygısı değil Müslümanların kıbleye yöneldiklerindeki gibi saygı gösterdiklerini söyleyerek kestiklerinin helâl olduğunu kabul eder. Ebû Yusuf (rh.a.) ve Muhammed (rh.a.) ise onların yıldızlara ibadet maksadıyla saygı gösterdikleri kanısındadırlar. Bu yüzden Sâbiîlerin kestiklerini putperestlerin kestikleri gibi değerlendirmişlerdir. Onların inançları hakkındaki bu görüş ayrılığının nedeni, Sâbiîler'in inançlarını gizlemeleri, kesin inançlarını açığa vurmamalarıdır.

Tercihe şayan olan Ebû Yusuf (rh.a.) ve Muhammed (rh.a.)'in görüşleridir. Çünkü inancın tam belli olmadığı durumlarda, haramı gerektiren yön üstün sayılır.

Balığa ilişkin hükümler

Kendiliğinden ölüp de su yüzüne çıkan balık (semek-i tabî) yenmez. Ama su çekilip de kalan veya suyun dışarı attığı yenilebilir.

Şâfiî (rh.a.), kendiliğinden ölüp suyun yüzüne çıkan balığın yenebileceği görüşündedir. Görüşünde şu âyete ve hadislere dayanmaktadır:

﴿ أُحِلَّ لَكُمْ صَيْدُ الْبَحْرِ وَطَعَامُهُ مَتَاعًا لَكُمْ ﴾

"Size yararlı olmak üzere deniz avı size helâl kılındı..." (el-Mâide, 5/96)

Denildiğine göre balıktan olan yemek ölü olarak bulunandır.

Peygamber (s.a.v.) deniz ile ilgili olarak şöyle buyurmuştur:

هُوَ الطَّهُورُ مَاؤُهُ ، وَالْحِلُّ مَيْتَتُهُ *"Onun suyu temiz, ölüsü helâldir."*[213]

Yine Peygamber (s.a.v.); أُحِلَّتْ لَنَا مَيْتَتَانِ وَدَمَانِ *"Bize iki ölü ve iki kan helâl kılınmıştır..."*[214] buyurmuş ve balığı bu ölülerden saymıştır.

Ebân b. Ebî Iyâş (r.a.)'tan rivâyet edilen bir hadise göre Peygamber (s.a.v.)'e, kendiliğinden ölen balığın yenilip yenilemeyeceği sorulmuş, O da bunda bir sakınca olmadığını söylemiştir.

Öte yandan Şâfiî (rh.a.), yenilebilmeleri için kesilmelerinin koşul olmamasına dayanarak, balığı çekirgeye benzetmiş ve nedenli ve nedensiz ölenleri eşit tutmuştur.

Bu konuda biz Hanefîlerin delilleri de şunlardır:

Câbir (r.a.)'den rivâyet edildiğine göre Peygamber (s.a.v.) şöyle buyurmuştur:

مَا انْحَسَرَ عَنْهُ الْمَاءُ فَكُلْ ، وَمَا طَفَا فَلَا تَأْكُلْ

"Çekilen suyun bıraktığını yeyiniz, kendiliğinden ölüp su yüzüne çıkanı yemeyiniz."[215]

Buradaki yasaklamanın, kendiliğinden ölen balığın alaca hastalığına neden olduğu tarzındaki anlayıştan dolayı, insanlara şefkat için olduğu söylenemez. Çünkü hangi türlüsü olursa olsun çok balık yemek alaca hastalığına nedendir. Peygamber (s.a.v.) tıbbı değil hükümleri açıklamak için gönderilmiştir.

[11/248] Kendiliğinden ölen balığı yemenin haram olduğu Ali ve İbn. Abbas (r.a.)'dan rivâyet edilmiştir.

Ali (r.a.) balıkçılara; "Çarşılarımızda kendiliğinden ölüp su yüzüne çıkan balık satmayınız" derdi.

İbn. Abbas (r.a.) da; "Kendiliğinden ölen balığı yemek haramdır" demiştir.

Öte yandan kendiliğinden ölen balık bir nedene bağlı olmadan ölmüştür. Kendiliğinden ölen diğer hayvanlar gibi bu balık da yenmez. Çekirge ise böyle değildir. Çünkü daha önce de söylediğimiz gibi çekirge aslında deniz hayvanıdır. Karada yaşamaktadır. Denizde ölürse yaşadığı yerin dışında bir yerde ölmüştür. Karada öldüğünde de asıl vatanında ölmemiştir. Dolayısıyla onun ölümü bir nedene dayanmaktadır. Bunun benzeri de bir nedene bağlı olarak ölen balıktır.

---

[213] Abdurrezzak, *Musannef,* I/94; Ahmed b. Hanbel, *Müsned,* II/237, 361; Ebû Dâvûd, Tahâret 41; Tirmizî, 52; Nesâî, Tahâret 47; İbn Mâce, Tahâret 38; Hâkim, *Müstedrek,* I/237, 238; Zeylei, *Nasbu'r-râye,* I/98.

[214] Müsnedü'ş-Şâfiî, I/340; Ahmed b. Hanbel, Müsned, II/97; İbn Mâce, Et'ime 31, Sayd 9; Dârekutnî, *Sünen,* IV/271; Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ,* I/254; Zeylei, *Nasbu'r-râye,* IV/269.

[215] Abdurrezzak, *Musannef,* IV/503; Dârekutnî, *Sünen,* IV/267; Zeylei, *Nasbu'r-râye,* IV/270.

Daha önce belirttiğimiz gibi bir şeyin haram olduğunu bildiren hadisler, helâl olduğunu bildirenlere tercih edilir. Peygamber (s.a.v.)'in şu hadisi bunu göstermektedir:

الْحَلاَلُ بَيِّنٌ وَالْحَرَامُ بَيِّنٌ وَبَيْنَهُمَا أُمُورٌ مُشْتَبِهَاتٌ فَدَعْ مَا يَرِيبُكَ إِلَى مَا لاَ يَرِيبُكَ

"Helâl bellidir. Haram da bellidir. İkisi arasında şüpheli şeyler vardır. Şüphe ettiğini bırak, şüphe etmediğini al."[216]

Bütün balık çeşitleri helâldir. Sazan balığı, yılan balığı ve diğer balıklar eşittir. Biz Hanefîlere göre deniz ürünlerinden balığın dışındakiler yenmez.

Şâfiî (rh.a.)'ye göre ise bütün deniz ürünleri yenir. Kurbağanın yenilip yenilemeyeceği konusunda Şâfiî (rh.a.)'den iki görüş rivâyet edilmiştir.

Muhammed (rh.a.)'in *Mebsût*'unda, İbn Ebî Leylâ (rh.a.)'nın, bütün deniz avlarının helâl oduğu görüşünde olduğu bildirilmektedir. Ancak onun doğru olan görüşüne göre kara avında, cinsi yenebilenlerin denizde avlananları da yenilir. Kara avında yenmesi caiz olmayanların, deniz avında da yenmeleri caiz değildir. Mesela domuz karada avlansa yenmez. Deniz hayvanlarından ona benzeyenler de yenmez.

Şâfiî (rh.a.) görüşüne, deniz hayvanlarının helâl olduğunu bildiren âyet ve hadisleri delil almaktadır. Çünkü bu delillerde, deniz avları ve ölüleri arasında sadece balığın yenilebileceğini bildiren bir kayıt yoktur.

Ebû Saîd el-Hudrî (r.a.)'nin, şöyle dediği rivâyet edilmiştir: Biz Resûlüllah 'ın sahabileri ile birlikte bir yolculukta idik. Aç kaldık. Deniz, عنبر / anber denen bir hayvanı kıyıya attı. Biz ondan yedik. Bir kısmını da azık olarak yanımıza aldık. Resûlüllah (s.a.v.)'ın yanına döndüğümüzde bunu kendisine sorduk. Peygamber (s.a.v.);

هَلْ بَقِيَ عِنْدَكُمْ شَيْءٌ فَتُطْعِمُونِي

"Yanınızda ondan bir şey kaldımı? Bana ikram ediniz" buyurdu.[217]

Bu konuda biz Hanefilerin delili de âyette yenilmesi haram olan şeyler sayılırken "... *ve domuz eti...*" buyrulmasıdır. (el-Mâide, 5/3) Bu âyette kara domuzu ile deniz domuzu arasında bir ayırım yapılmamıştır.

Peygamber (s.a.v.)'e, ilaç için kullanılan kurbağa iliği soruldu. O da, kurbağa öldürmeyi yasaklayıp;[218]

---

[216] İbn Ebû Şeybe, *Musannef*, IV/544; Nesâî, Âdâbü'l-kazâ 11; Dârimî Mukaddime 20; Taberânî, *el-Mu'cemü'l-kebîr*, IX/187; Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, X/115; Zeyleî, *Nasbu'r-râye*, II/340.

[217] Buhârî, Meğâzî 62; Müslim, Sayd ve Zebâih 18; Nesâî, Sayd ve Zebâih ٣٥; İbn Hibbân, *Sahih*, XII/63; Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, III/162; Zeyleî, *Nasbu'r-râye*, IV/270.

إنها خبيثة من الخبائث

"O, pis hayvanlardandır" buyurdu. Bu hadis ile, kurbağanın pis olup yenilemeyeceği sabit olunca, diğer deniz hayvanları da buna kıyas edilir. "Tüm deniz avları yenilir" diyenler, çok çirkin bir durumla karşı karşıya kalırlar. Çünkü bu genellemeye göre onlar, deniz insanının da yenilebileceğini söylemekten başka çare bulamazlar. Bu da kötü bir şeydir. Demek oluyor ki, deniz hayvanlarından sadece balık yenir.

﴿أحل لكم صيد البحر وطعامه متاعا لكم﴾

"Size deniz avı helâl kılındı..." (el-Mâide, 5/96) âyetinden maksat, denizden taze olarak çıkarılandır. Âyetin, ﴿متاعا لكم﴾ *"yararlı olmak üzere"* kısmından maksat da, tuzlanıp kurutulmuş olandır.

[11/249] Ebû Saîd hadisinin sahih rivâyeti; "Deniz bize, anber denilen bir balık attı" şeklindedir. Anber, bir balık adıdır.

Diğer rivâyet şöyle yorumlanır: Onlar açlık zarûretinde kaldıkları için onu yemeleri helâl kılınmıştır. Yahut da bu olay,

﴿ويحرم عليهم الخبائث﴾

"Onlara pis şeyleri haram kılar..." (el-A'râf, 7/157) âyeti inmeden meydana gelmiştir.

Biz Hanefîlere göre balığın mübah olması için kural; onun bir nedene bağlı olarak ölmesidir. Mesela denizde yakalanması böyledir. Kendi kendine ölüp de suyun yüzüne çıkan gibi bir nedene bağlı olmadan ölen ise yenmez.

Bir kimse balığa bir şey vursa ve yarısını koparsa, ölümü için neden bulunduğundan dolayı bu balık yenir. Böyle bir balığın karnında başka bir balık bulunsa o da yenir.

Çünkü bulunduğu yerin darlığı, onun ölüm nedenidir.

Su kuşu veya başka bir şeyin öldürdüğü balıkları yemek mübahtır.

Kuyuda ölen balık da yenebilir.

Çünkü yerin darlığı onun ölümüne neden olmuştur.

Bir kimse balıkları, çıkamayacakları bir havuzda toplasa; kendisi onları avlamaya gerek kalmadan alabilecek durumda ise bunları yemekte hayır yoktur.

Çünkü bunların ölümü için görünen bir neden yoktur.

---

[218] Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, III/453; İbn Mâce, Sayd 10; Dârimî, Edâhî 26; Ebû Dâvûd, Tıb 11; Nesâî, Sayd ve Zebâih 36; Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, IX/258.

Balık, çıkamayacağı ağın içinde ölse veya birisinin suya attığı bir şeyi yeyip ölse, onu yemekte sakınca yoktur. Onu suyun içinde bağlasa ve ölse yine yenebilir.

Bütün bunlar bir nedene bağlı olarak ölmedir. Suyun çekilip balıkların kalması ve ölmesi gibidir. Peygamber (s.a.v.) şöyle buyurmuştur:

مَا انْحَسَرَ عَنْهُ الْمَاءُ فَكُلْ

"Suyu çekilen yerdeki balığı ye."[219]

Su, buz tutsa ve balık buzlar arasında kalıp ölse o da yenir. Deniz suyunun sıcaklığından veya soğukluğundan dolayı ölmesi durumunda yenip yenmeyeceği konusunda iki rivâyet vardır. Bir rivâyete göre yenir. Çünkü ölümü için neden vardır. Diğerine göre ise yenmez. Çünkü ister sıcak olsun ister soğuk, su balığı öldürmez.

Hişâm (rh.a.)'ın Muhammed (rh.a.)'ten rivâyet ettiğine göre, su balığın bedeninin bir kısmından çekilse; başı suda olduğu durumda ölmüşse yenmez. Başı suyun dışında kuyruğu içinde iken ölmüşse, ölüm nedeni bu olduğu için yenir.

Bir avcı, eğitilmiş doğanını av peşinden gönderse, doğan avın üstüne konup onunla uçsa ve yakalayıp öldürse onu yemekte bir sakınca yoktur.

Çünkü bu yaptığı, sakınılması mümkün olmayan bir şeydir. Çünkü doğanın âdeti, önce avın üzerine konar. Sonra onu yakalamak için ne tarafından saldırmasının uygun olacağını araştırır. Bu, parsın av için pusu kurması gibidir. Bununla, avın peşine takılmakta gecikmiş olmaz. Dolayısıyla av haram olmaz.

Avcı ava okunu fırlatsa, ok ava değse ve onu öldürmese ama kaçamayacak derecede bitkinleştirse, avcı ikinci bir ok fırlatıp onu öldürse bu avın eti yenmez.

Çünkü bu av, birinci oktan sonra ehlî hayvan gibi olmuştur. Birinci ok ile kaçıp kurtulmaktan ve uçmaktan aciz duruma düşmüştür. Artık bundan sonra onun, ok atılarak değil boğazından kesilerek öldürülmesi gerekirdi. Bu durumda olan bir hayvana ok atmak, onun haram olmasını gerektirir.

Helâl kılıcı ve haram kılıcı nedenler birleştiğinde haram kılıcı neden üstün tutulur.

Öte yandan avcının onu yorup bitkin duruma getirmesi, yakalaması gibidir.

Bir avcının avına başka bir avcının müdahalesi

Bir avı iki avcıdan birisi yorsa, öteki tutsa, av yorana aittir. Nasıl ki tuttuğu bir ava ok atıp öldürse o yenmezse, yorduğu bir ava ok atıp öldürdüğünde de yenmez.

---

[219] Abdurrezzak, *Musannef*, IV/503; Dârekutnî, *Sünen*, IV/267; Zeylei, *Nasbu'r-râye*, IV/270.

İkinci oku, ilk oku atan avcıdan başka birisi atsa, o av da belirttiğimiz gerekçeden dolayı yenmez.

Ebû Yusuf (rh.a.) ve Muhammed (rh.a.)'e göre, ikinci avcı, birincisine avın yaralı durumdaki değerini öder.

Bu konuda Ebû Hanîfe (rh.a.), diğer lara ters düşmüş değildir. Ancak onun görüşünün ne olduğu tam tesbit edilmemiş, sadece Ebû Yusuf (rh.a.) ve Muhammed (rh.a.)'in görüşleri nakledilmiştir.

Bu hükmün gerekçesi şudur: Birinci avcının yaptığı şey, avın onun mülkü olmasını gerektirir. İkinci avcı da, yaptığı ile birincisine ait mülkü telef etmiştir. Dolayısıyla avı telef ettiği durumdaki özelliği ile öder. Onu, birinci avcının yaralaması ile yaralı iken telef etmişti. Öyleyse yaralı durumdaki değerini öder. [11/250]

Avın, her iki yaradan dolayı öldüğü bilinirse; avın yarısını yaralı durumdaki değeri ile, yarısını da kesilmiş et değeri ile öder.

Çünkü av birincisinin eylemi ile yaralanmış, ikincisininki ile de ölmüştür. Çünkü ikincisi bu yarıda, eti yenmez duruma getirmiştir. Öyleyse onu kesilmiş et fiyatı üzerinden öder.

İkincinin attığı ok, ava birincisininkinden önce değerse bununla eti haram olmaz ve ikinci kişinin ödemesi gerekmez.

Çünkü ikincinin atışı onu, av olmaktan çıkarmış değildir. Bu, onun ava sahip olmasından önce gerçekleştiği için bir şey ödemez.

Av, ilk ok değdikten sonra dayanıklı olup uçabilecek durumda iken başka birisi ok fırlatıp onu öldürürse av ikinci avcıya aittir.

Çünkü onu av olmaktan çıkartan odur. Sanki onu birincisi göstermiş, ikincisi tutmuştur. Av ürkütenin değil tutanındır.

İki avcı bir ava aynı anda silah atsalar veya birisi ötekinden sonra, ama onun oku değmeden önce atsa ve avı ikisi öldürse o av her ikisi için helâldir.

Çünkü avcılardan herbiri sahipsiz bir ava atış yapmışlar ve iki atış aynı anda isabet etmiştir. Dolayısıyla ava mâlik olma nedeninde eşittirler. Bu, mülkte de eşit olmalarını gerektirir. Avcılardan her birinin eylemi, avı kesici (temizleyici)dir. Öyle olunca ikisi için de onu yemek helâl olur.

İki avcı oklarını aynı anda fırlatsalar, birisinin oku ava isabet edip onu bitkinleştirse sonra diğer ok isabet etse, av oku ilk isabet edene aittir,

Züfer (rh.a.)'in dışındaki Hanefî müctehidlerine göre yenmesi helâldir. Züfer (rh.a.)'e göre ise yenmesi helâl olmaz.

Çünkü ikinci ok hayvana isabet ettiğinde o av değildi. Avın yenebilmesi için muteber olan vakit, oku fırlatma vakti değil ava isabet etme vaktidir. Bu yüzden yenmesi helâl değildir.

Biz Hanefîler ise şöyle diyoruz: Avcılardan her birinin eylemi, avın helâl olmasını gerektiricidir. Çünkü o, ava atış yapmıştır. Avın helâl oluşunda atış zamanına itibar edilir. Çünkü kesme ile helâl oluşta, muteber olan kesenin yaptığıdır. Avcının işi silah atmaktır. Mülkiyet konusunda ise, okun isabet ettiği vakit muteberdir. Çünkü mülkiyet, avı ele geçirmekle sabit olur. Avın ele geçirilmesi de, silahı atmakla değil, kurşunun (okun) ava isabet etmesiyledir.

Buna göre bir kimse besmele çekerek bir ava silah atsa ve av düşse sonra ok isabet etse, biz Hanefîlere göre yenmesi helâldir. Züfer (rh.a.)'e göre de helâl değildir.

Bir kimse başkasının arsasından veya tarlasından bir av hayvanı ya da av hayvanı yavrusu tutsa, bu, tutana aittir.

Çünkü Peygamber (s.a.v.);

اَلصَّيْدُ لِمَنْ أَخَذَهُ

"Av, tutanındır" buyurmuştur.[220] Çünkü tarla sahibi av yavrusuna el koymamıştı. Çünkü ana kuş o yavruyu, tarla sahibi için değil uçması için oraya bırakmıştır.

Bal arısının, birisinin arazisinde bal yapması ise böyle değildir. O, arazi sahibine aittir.

Çünkü arı balını, orada bırakmak üzere yapmıştır. Bu, bir arazide selden biriken çamur gibidir. **[11/251]**

Birisinin arazisinde bulunan avın bulana ait oluşu; arazi sahibinin daha önceden onu tutmak, hilesiz yakalayabilecek şekilde eline almak için kapıyı kapatmak gibi bir yolla avı sahiplenmiş olmaması durumundadır. Böyle bir şey yaparsa avı sahiplenmiş demektir.

Bundan sonra alan kişi, yakalanmış bir avı almış olur. Onu sahibine vermesi gerekir. Bu, birisinin koyduğu ağa yakalanan avı başka birisinin almasına benzer. Bu durumda alan kişinin, avı ağ sahibine vermesi gerekir.

Bir kuş birisinin arazisine konsa ve kaçamayacak bir durumda olsa, veya bir kimse bir kuşa silah atsa da kuş birisinin arazisine düşse ama silah atanın kim olduğu bilinmese de bu avı başka birisi alsa, av alana aittir.

Çünkü avı ele geçirme, onu alan tarafından gerçekleşmiştir. Arazi sahibi ona el koymuş değildir. Kuş, kendisine isabet eden ok ile uçamayacak duruma

[220] Zeyleî, *Nasbu'r-râye*, IV/379.

düşmüşse bile, mübah (sahipsiz) maldır. Mübah malı da önce kim sahiplenirse ona aittir.

Birisinin özel mülkü olan nehirden avlanan balık, avlayana aittir.

Çünkü nehir sahibi, balığa sahip olmamıştır. Balık onun nehrindedir, o kadar. Onu ilk ele geçiren avlayandır.

Aynı şekilde birisine ait sazlıkta (gölette) bulunan avı, sahibi ancak avlayarak alabilecek durumda ise o av, sazlık sahibi tarafından ele geçirilmiş sayılmaz. Tutana ait olur. Ama sazlık sahibi, orasını balıkların gelmesi için özel olarak hazırlasa ve buradaki su çekildikten sonra balıklar kalsa, o zaman sazlık sahibine ait olur.

Çünkü bununla balıkları ele geçirmiş sayılır. Susuz yerdeki balık av değildir. Arazi sahibinin yaptığı bir şeyle, avlamaya gerek kalmayacak bir şekilde alınabilecek durumda ise ona aittir.

Bir Müslüman, yayını geremese de bir ateşe tapan mecûsî ona yardım etse, bununla avlanan av helâl olmaz.

Çünkü avın helâl olmasını gerektiren şeyle, haram olmasını gerektiren şey birleşmiştir. Burada mecûsînin fiili, Müslümanın fiili ile aynı cinstendir. Avda, aralarında ortaklık meydana gelmiştir. Bu, bir mecûsînin, elinde bıçak bulunan Müslümanın elini tutup da birlikte hayvan kesmelerine benzer.

Ava ok isabet etse ve hayvan yere düşüp ölse, yenilmesi istihsana göre helâldir.

Kıyasa göre, hayvanın, yere düşmekten dolayı ölmüş olabileceği olasılığından dolayı caiz olmaması gerekir.

İstihsanın delili şudur: Avın yere düşmesi, kaçınılması mümkün olmayan şeylerdendir. Çünkü onu, düşmeden havada kalacak bir şekilde vurması mümkün değildir.

Vurulan kuş suya düşse veya dağın tepesine düşüp sonra yere yuvarlansa ve ölse yenmez.

Suya düşmesi ile ilgili olarak İbn Mes'ud (r.a.)'dan haber varid olmuştur.

Ayrıca daha önce geçen; Peygamber (s.a.v.)'in, Adiy b. Hâtim (r.a.)'e söylediği de buna delildir.

Öte yandan, suya düşen kuşun ölümünün sudan dolayı olma olasılığı vardır. Bundan kaçınmak da mümkündür. Önce dağa sonra yere düşen kuş, yüksekten yuvarlanmış demektir. Onun ölümünün de yuvarlanmanın etkisiyle olması mümkündür. Allahu Teâlâ, yukarıdan yuvarlanıp ölen hayvanı, yenilmesi haram olanlar arasında saymıştır. (el-Mâide, 5/3)

Önce başka bir şeyin üzerine düşüp sonra yere düşen ve ölen her avda hüküm budur. Mesela önce ağaca sonra yere düşen ölen kuş böyledir.

Vurulan kuş ilk düştüğü şeyin üzerinde ölüp, sonra ölü olarak yere düşse onun eti helâldir. Suya düşmeden ölüp sonra suya düştüğünde de böyledir. [11/252]

Çünkü yuvarlanma ve suya düşme, zorunlu kesim tamamlandıktan sonra olmuştur. Bunlar hayvanın ölüm nedeni değildir. Kuş doğrudan dağa veya dama düşüp ölse yenilmesi helâldir. Çünkü düştüğü yer, yeryüzü hükmündedir. Daha önce belirttiğimiz gibi bundan kaçınmanın imkanı yoktur, bu kadarcık şey affedilir.

Bu anlatılanlar, avın üstüne düştüğü şeyin öldürücü bir âlet olmaması durumundadır. Fakat üzerine düştüğü şey; dikili mızrak, kamış, tuğla ve kerpicin keskin tarafı gibi bir şey olsa, onun üzerine düşen av yenilmez.

Çünkü hayvanın ölümüne neden bunlardır. Bu da, kesme işinden başka bir şeydir ve kaçınılması imkan dahilindedir.

Muhammed (rh.a.)'in *el-Asl* adlı eserinde şöyle denilmektedir:

Eğer av, yere konulmuş bir tuğla üzerine düşüp ölse yenilir. Bu, yere düşmüş gibidir.

el-Müntekâ'da da; taş üzerine düşüp karnı yarılan avın yenilemeyeceği belirtilmektedir.

Bu değişik hükümler, rivâyet farklılığı değildir. el-Müntekâ'da kastedilen, hayvanın taşın keskin tarafına düşüp karnının yarılmasıdır. Bu da, kesimin dışında bir ölüm nedenidir. *el-Asl*'daki rivâyette kastedilen ise, tuğlanın kuşa değen tarafının yeryüzü gibi olması durumudur. Bu da affedilir.

Avcı, bir ava ok atsa ve ok yoluna devam edip aynı ava veya başka bir ava isabet etse ya da attığı avı delip başka bir ava daha isabet etse bunların hepsi yenilir.

Çünkü daha önce de belirttiğimiz gibi atılan ok ancak, kendi doğrultusunda değdiği avı kesmiş sayılır. İster bir ava değsin, ister iki ava farketmez.

Ama ok rüzgara kapılsa ve geri dönse de başka bir ava isabet etse bu av yenilmez.

Çünkü bu değişme, atanın gücü ile değil, rüzgarın gücü ile olmuştur. Dolayısıyla avın kesimi olarak kabul edilemez.

Ok fırlatıldığı yönün sağına veya soluna sapsa ve başka bir ava isabet etse o da yenilmez. Ama fırlatıldığı yönde devam ederse yenilir.

Çünkü kendi yönünde gittiği sürece, avcının gücü ile gitmiş sayılır. Fakat rüzgar oku sağa veya sola çevirmişse, avcının gücü ile gitme yok olmuştur. Çünkü avcı, fırlattığı okun sağa sola sapmasını istemez. Dolayısıyla bu durumda oku

rüzgar sürüklemiştir. Ama fırlatıldığı yönde giderse, rüzgar onun hızını artırmış olur. Ancak asıl etkili olan fırlatanın gücüdür.

Ebû Yusuf (rh.a.)'tan bir rivâyete göre sağa sola saptığında da isabet ettiği avın eti yenilir. Çünkü bu durumda, avcının kasdettiği yönün aksi bir yöne gitmiş değildir. Rüzgarlı bir günde avlanıldığı zaman bu kadarcık bir sapmadan da sakınmak mümkün değildir.

Fırlatılan ok duvara, ağaca veya başka sert bir şeye çarpıp geri dönse bu da söylediğimiz bütün konularda rüzgar nedeniyle geri dönme gibidir.

[11/253] Çünkü ters yöne dönmesi, fırlatanın gücü ile değil, ağaç veya duvarın sertliği nedeniyledir.

Fırlatılan ok, daha ava değmeden başka bir oka değip geri dönse ve bir ava isabet etse onun eti de yenilmez.

Bu hüküm, ikinci oku fırlatanın ateşe tapan bir mecûsî olması veya maksadının av olmayıp öteki oku vurma olması durumundadır. Ama ikinci oku fırlatanın maksadı av ise ve okunu besmele çekerek fırlatmışsa, av ona ait olur. Yenmesi helâldir. Bu konuda atılan oka, başka birisinin attığı okun çarpması ile fırlatan kişinin gönderdiği ikinci okun çarpması arasında fark yoktur.

Bir rivâyete göre de anlatılanların hiçbirisinde avın yenmesi helâl değildir.

Çünkü avın helâl oluşu, oku fırlatanın fiiline ve âletin yaralamasına itibarladır. Avı ilk fırlatanın oku değil, ikinci fırlatanın oku yaralamış sayılır. Onun gidişi de avcının gücü ile değildir. Bu meselenin bir benzeri de şudur: Avcının fırlattığı ok, duvarda dikili keskin bir kamışa çarpsa ve bu kamış keskin tarafı ile bir ava değip öldürse bu av yenilmez.

Bilye şeklindeki taş veya kuru çamurun, taşın, mızrağın yan tarafının, sopanın ve benzeri şeylerin avı yenilmez.

Çünkü bunlar, avı delip bedene girmezler.

Ama bunlardan birisi keskinleştirilmiş olsa ve uzunluğu ok gibi olup fırlatılması mümkün olsa, keskin tarafı ile avın bedenini delse o zaman bununla avlanılan av yenebilir.

Çünkü daha önce de belirttiğimiz gibi, kesmekten maksat kan akıtmaktır. Bu da ancak delmek ve yırtmakla gerçekleşir. Ama bedenin içine darbe yapıp, dışını delmeyen şeyle yaralamakla kan akıtılmaz. Bu, kendisine bir şey dürtülüp öldürülen gibidir. O da âyetle haram kılınmıştır. (el-Mâide 5/3) Bu konuda, vurulan tokmağın demirden veya başka bir şeyden olması arasında fark yoktur.

Avcı ava bıçak fırlatsa ve bıçak keskin tarafı ile delip avı yaralasa o av yenilir. Ama bıçağın sapı veya küt tarafı değerse yenilmez. Mızrak da ok gibidir. Değdiği hayvanın bedenini deler ve kan akıtır.

Keskinleştirilmiş çakmak taşı ile kesilen avın etini yemek helâldir.

Çünkü kan, âletin keskinliği ile akıtılmıştır.

Evcil hayvanın vahşîleşmesi

Muhammed b. Safvan (veya Safvan b. Muhammed)'den rivâyet edilen bir hadiste şöyle denilmektedir: İki tavşan yakaladım. Onları keskin çakmak taşı ile kestim. Sonra bunun hükmünü Peygamber (s.a.v.)'e sordum. Onların yenmesini caiz gördü.

Ehlî hayvanlardan vahşileşenler, av hayvanının vurulduğu şeylerle vurulduğunda helâl olur.

Çünkü daha önce geçen bir hadiste belirtildiği üzere, yabani hayvanların vahşileri olduğu gibi ehlî hayvanların da vahşileri vardır.

Muhammed (rh.a.)'ten rivâyet edildiğine göre;

Sığır veya deve ister şehir içinde olsun ister dışında azgınlaşır, kaçar da birisi onu silahla vurursa eti yenilebilir.

Çünkü şehir içinde de olsa bunlar kendilerini korumak için saldırırlar. Bunların kaçıp kaybolmalarından da korkulur.

Koyun şehir içinde kaçarsa silahla öldürülemez.

Çünkü âdeten onun şehir içinde yakalanması mümkündür. Dolayısıyla onu normal yollardan kesme imkanı yok olmuş değildir.

Şehir dışında kaçarsa silahla öldürülebilir.

Çünkü şehir dışında onun kaçmasından korkulur. Normal yollarla kesmekten aciz kalındığında, herhangi bir yerinden yaralamak suretiyle zorunlu kesim ile yetinilir.

Ok, hayvanın tırnağına veya boynuzuna isabet edip öldürse; ok ete ulaşmış ve kan akıtmışsa eti yenilir.

Çünkü kesimin hedefi olan kan akıtma gerçekleşmiştir.

Kuyuya düşen hayvanın durumu

Kuyuya düşen bir hayvan da boğazından kesilme imkanı yoksa, silahla vurulur. Ok (kurşun) onun neresine isabet ederse etsin, kan akıtırsa bu kesme sayılır.

Çünkü muteber olan, normal yoldan kesimden aciz kalınmasıdır. Hayvan kuyuya düşünce, bu acz gerçekleşmiştir. Kuyuya düşen hayvanla azgınlaşıp kaçan hayvan eşittir.

Bir kimse av hayvanına kılıçla vursa ve onun bir organını koparıp ayırsa ve hayvan ölse, ayrılan organın dışında kalan kısım yenilir.

Peygamber (s.a.v.)'in şu hadisi buna delildir:

ما أُبِيْنَ مِنَ الْحَيِّ فَهُوَ مَيِّتٌ

"Diriden koparılıp ayrılan ölüdür."[221]

[11/254] Resûlüllah (s.a.v.)'ın bu sözden maksadı, Arapların cahiliye döneminde alışık oldukları bir uygulamanın haram olduğunu bildirmektir. Çünkü onlar koyun canlı iken, budunun bir kısmını keserler ve onu yerlerdi. İşte Resûlüllah bunu haram etti. Çünkü hayvandan kesilen parçada, gerçek anlamda kesim gerçekleşmemiştir. Hayvanın kendisi diridir. Kesilmeden o hayvan helâl olmaz. Bu meselede, söylediğimiz şey aynen vardır. Av hayvanının kesimi, ölümünden sonra kesinleşmiştir. Ayrılan organ ise, o ölmeden ayrılmıştır. Dolayısıyla kesimin hükmü bu organa geçmemiştir. Hayvan sağ kaldığında olduğu gibi, bu organın, eti helâl kılmak maksadıyla kesildiğini söylemek mümkün değildir. Dolayısıyla bu organın yenilmesi helâl değildir.

Bu organ hayvandan tam olarak ayrılmazsa hayvanın tamamı yenilebilir.

Çünkü kesmenin hükmü o organa da geçmiştir. Diğer organlar gibi onun yenilmesi de helâl olur.

Eğer kesilen organ, yerine sadece deri ile bağlı kalmışsa ve tedavi ile eski durumuna getirilme imkanı yoksa, hayvandan kopmuş sayılır ve yenilmez. Ama tedavi ile eski durumuna gelme umudu varsa o zaman, bu bir yaralama sayılır ve hayvanın tamamı yenilir.

Bir hayvan kesilirken ikiye bölünse tamamı yenilir.

Çünkü, ortadan ikiye bölündükten sonra artık o hayvanın diri kalma umudu bulunmadığı için bu, boğazdan kesmeden daha ileridir.

Canlı hayvandan kesilen parçanın durumu

Hayvan canlı iken kuyruk tarafına gelen kısımdan üçte biri kesilip ayrılırsa, baş tarafında kalan üçte iki yenilir. Kuyruk tarafındaki üçte bir yenilmez.

Baş tarafındaki üçte biri kesip ayrılırsa tamamı yenilir.

Çünkü hayvanın yarı kısmından boğaza kadar olan kısmı kesme yeridir. Yani kalpten beyne giden damarlar buradadır. Kuyruk tarafındaki üçte birini kestiğinde ise, bu damarlar kesilmediği için kesim eylemi tam olarak gerçekleşmemiştir. Kesme, hayvanın ölümü ile gerçekleşmiştir. O kısım kesildiğinde bu, yaralama ile bedenden ayrılmış demektir. Baş tarafındaki üçte bir kesilip ayrıldığında ise, damarlar bizzat kesildiği için kesim olayı gerçekleşmiştir. Tam ortadan kesildiğinde de, damarlar kesildiği için kesim gerçekleşmiştir. Bundan dolayı tamamını yemek caizdir.

---

[221] İbn Mâce, Sayd 8; Tirmizî, Et'ime 4; Dârimî, Sayd 9; Dârekutnî, *Sünen*, IV/292; Hâkim, *Müstedrek*, IV/137; Taberânî, *el-Mu'cemü'l*-kebîr, II/57; Zeylei, *Nasbu'r-râye*, IV/378.

Başın bir kısmı ayrılırsa; ayrılan kısım yarıdan daha azsa bu kısım yenilmez.

Çünkü baş, kesme yeri değildir. Bu, kuyruğun bir kısmını koparmaya benzer.

Ayrılan kısım yarı veya daha fazla ise yenilir.

Çünkü bununla damarlar kesilir. Kişinin yaptığı tam kesmedir.

Eğer kılıcını besmele çekerek vursa ve hayvanın tırnağını kesse; kan akarsa yenilmesinde sakınca yoktur. Kan akmıyorsa yenilmez.

Çünkü kan akmadığında, pis olan kan akmamış demektir.

Buna göre, bir kimse bir koyunun boynunun arkasından kılıcı ile vursa ve onu damarlar tarafından ayırsa bu hayvan yenilir. Muhammed (rh.a.)'in *Mebsût*'unda, Imran b. Husayn (r.a.)'dan rivâyetle, böyle yapanın kötü bir iş yaptığı, çünkü kesilen hayvana iyi davranmadığı söylenmektedir.

Bir koyunun boğazından kesilip de kan akmaması durumunda, etinin yenilip yenilemeyeceği konusunda, sonra gelen âlimler görüş ayrılığı içindedirler.

Bu durum, koyun kuşburnu yediği zaman meydana gelebilir.

Ebû'l-Kasım es-Saffâr (rh.a.), pis kan akıtılmadığı için bunun kesme sayılmayacağını dolayısıyla bu hayvanın etinin yenilemeyeceğini söyler.

Peygamber (s.a.v.);

مَا أَنْهَرَ الدَّمَ وَأَفْرَى الْأَوْدَاجَ فَكُلْ

"Kan akıtan ve damarları kesen (le kesileni) ye" buyurmuştur.[222]

Ebûbekir el-Eskâf (rh.a.) ise, kesme eylemi bulunduğu için yenilmesinin helâl olduğunu söyler. [11/255]

Peygamber (s.a.v.)'in;

الذَّكَاةُ مَا بَيْنَ اللَّبَّةِ وَاللَّحْيَيْنِ

"Dinî kesme, gerdanla çene arasındadır"[223] hadisi de buna delildir. Bazen kanın bir kısmı, bir engelden dolayı damardan çıkmayıp kalır. Bunun eti haram etmediğinde görüş birliği vardır. Bu da aynen öyledir.

Burada av hayvanlarından eti yenilenler ve yenilmeyenler söz konusu edilmedi. Zaten bunların açıklaması daha önce geçmişti.

Eti yenen ve yenmeyen hayvanlar

[222] Buhârî, Şirket 3; Müslim, Edâhî 20; İbn Mâce, Zebâih 5; Ebû Dâvûd, Zebâih 15; Tirmizî, Ahkâm ve Fevâid 5; Nesâî, Dahâyâ 20; Zeyleî, *Nasbu'r-râye*, IV/252.

[223] Buhârî, Akîka 24; İbn Mâce, Zebâih 9; Ebû Dâvûd, Zebâih 16; Tirmizî, Et'ime 5; Nesâî, Dahâyâ 25; Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, IX/278; Zeyleî, *Nasbu'r-râye*, IV/250.

Kirpi, yaban faresi ve benzeri hayvanlar eti yenmeyen hayvanlardandır.

Çünkü insan tabiatı bu tür hayvanlardan iğrenir. Bunlar;

﴿ويحرم عليهم الخبائث﴾

"Onlara pis şeyleri haram kılar." (el-A'râf 7/157) âyetinin içeriğine girerler.

Kurbağa, yengeç ve benzeri hayvanların satışı caiz değildir. Su devesi de satılmaz. Su hayvanlarından sadece balığın satılması caizdir.

Çünkü bu hayvanların, parasal bir değeri yoktur. Ancak değeri olan (mütekavvim) malların satışı caizdir. Mal, sahiplenilip elde tutulan şey, değerli olan da kendisinden yararlanılan maldır.

Balığın dışındaki su ürünleri yenilmez.

Deniz ürünlerinin de, yenmekten başka yararlanılacak yönleri yoktur. Dolayısıyla bunlar değerli mal değildirler. Fakat, eti yenmeyen bir hayvanın, eşeklerin derisi gibi, parasal değeri olursa, onun satışı caizdir. Çünkü bundan, helâl bir yolla yararlanmak mümkünüdür. Dolayısıyla değerlidir. Satılması caizdir.

Akbaba, kartal ve benzeri kuşların yenmeleri caiz değildir.

Çünkü Peygamber (s.a.v.) kuşlardan pençeli olanları yemeyi yasak etmiştir.

Saksağan ve kara serçe (yund kuşu) gibi, pençesi olmayan şeyleri yemekte sakınca yoktur.

Karga ile ilgili fıkhî hükümleri daha önce açıklamıştık.

Eti yenmeyen köpek dişli hayvanların postu üzerinde namaz kılmak mekruh değildir.

Çünkü eti yenen hayvanların kesilmeleri onların et ve derilerini, eti yenmeyenlerin kesilmeleri de etlerini olmasa bile derilerini temizlemede etkilidir. Çünkü deri, bu hükmü kabule uygundur. Görmez misin deri, tabaklamakla temiz olur.

Peygamber (s.a.v.) bir hadisinde;

أيما إهاب دبغ فقد طهر

"hangi deri tabaklanırsa temiz olur" buyurmuştur.[224] Aynı şekilde kesilen hayvanın derisi de temiz olur. Biz bu meseleyi namaz konusunda açıkladık.

---

[224] Müslim, Hayız 105; Ebû Dâvûd, Libas 38; Tirmizî, Libas 7; Nesâî, Fer' ve Atira 4; İbn Mâce, Libas 25; İbn Hibbân, *Sahih*, IV/103, 104; Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, I/16, III/83; Zeyleî, *Nasbu'r-râye*, I/114

[224] Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, II/219; İbn Mâce, Zebâih 11; Ebû Dâvûd, Et'ime 25; Tirmizî, Et'ime 24; Nesâî, Dahâyâ 43; Hâkim, *Müstedrek*, II/40; Heysemî, *Mecmau'z-zevâid*, V/68.

Sokaklarda pislik yiyen (cellâle) develerin -bir kaç gün hapsetmedikçe- o durumda iken etinin yenmesi ve o deve üzerinde iş yapmak mekruhtur.

Çünkü *"Peygamber (s.a.v.), sokakta pislik yiyen devenin etini yemeyi yasak etmiştir."* Hadisin bir rivâyetinde, "onun üzerinde hacca ve umreye gitmeyi ve ondan yararlanmayı yasakladı" denilmektedir. Cellâle; pislik yemeyi alışkanlık durumuna getiren, başka bir şey yemeyen hayvandır. Onun eti kokar ve yenilmesi haramdır. Çünkü pis şeylerdendir. Onun üzerinde iş yapmanın mekruh oluşu da, kokusu ile insanları rahatsız etmemek içindir. Karıştıran, yani hem pislik hemde başka şey yiyip de bunun izi etinde görülen hayvanların etini yemekte ve üzerinde iş yapmakta sakınca yoktur.

en-Nevâdir'de şöyle denilmektedir: Bir oğlak domuz sütüyle beslense etini yemekte sakınca yoktur. Çünkü onun eti değişmiş değildir. Beslendiği domuz sütü, yok olmuştur. Onun bir izi kalmış değildir.

Buna göre, sokaklarda gezen tavuğu yemenin bir sakıncasının olmadığını söyleyebiliriz.

Çünkü o pislik yese de, başka şeyler de yer. Dolayısıyla eti değişime uğramaz ve kokmaz. Denildiğine göre tavuk aslında pisliği, yemek için değil, içersinde tane aramak için karıştırır.

İbn Ömer (r.a.), pislik yediği gerekçesiyle tavuk eti yemeyi mekruh görürdü. Biz bu görüşü kabul etmiyoruz. Çünkü Peygamber (s.a.v.)'in tavuk eti yediği sahih rivâyetlerle sabittir. Onda en küçük bir pislik olsaydı, Resûlüllah onu yemekten kaçınırdı. Peygamber (s.a.v.)'in tavuğu üç gün hapsedip sonra kestiği yolundaki rivâyet, bunun koşul olmayıp daha iyi olduğunu göstermek için yaptığına yorumlanır. [11/256]

Sürekli pislik yiyen hayvanların ise kesilmeden önce bir süre hapsedilmesi koşuldur.

Muhammed (rh.a.)'in *Mebsût*'unda, birkaç gün hapsedilip sadece ot yedirileceği söylenir. Hapis süresinin, üç gün veya on gün olacağı şeklinde görüşler vardır.

En uygunu, ondaki pis koku gidinceye kadar hapsedilmesidir.

Çünkü haramlığın nedeni budur. Bu, duyu organları ile algılanabilen bir şeydir. Etindeki kokunun gitmesinde her hayvan eşit olmadığı için bir süre ile sınırlamak doğru olmaz. Onun için, zararlı olan şeyin yok olmasına itibar edilir. Bu koku ot ile giderse, yenilmesi helâl olur. Artık işlem buna göredir.

Allah Sübhanehû ve Teâlâ en doğrusunu bilir.

11. cüz tamamlandı. 12. Cüzün ilk konusu zebâih (kesilen hayvanlar)dir.

KARMA İNDEKS

A

Abbâsîler, 136
adediyyât-ı mütefâvite, 83
adediyyât-ı mütekâribe, 83
akit şirketi, 245
akit şüphesi, 125
anber, 407
âriyet (ödünç), 21, 184, 216
asabe, 69
aspur, 145
at eti, 382
av köpeği, 384
avın zevâidi, 88
avlanmak, 356
azimet, 9

B

bâin (kesin) talak, 331
bal arısı, 411
bedellilik (muâvaza), 290
besmele, 166
Beyt-i Makdis, 164
bidâa, 210, 282, 289
bilezik, 141
biyd (beyazlık) günleri, 377
buluntu mal, 1

C

cellâle, 418
Cemel Savaşı, 68
cevher ve araz, 128
cinâyet (kısas), 45
cinsel iktidar, 55
civciv, 152
cizye, 164
cu'l (ödül), 15, 26

Ç

çekirge yemek, 375

D

davalı (hasım), 65
delalet, 177
deniz domuzu, 407
dinar, 181
dirhem, 181
dört mizac, 56

E

ebdan şirketi, 245
ecîr-i müşterek, 29, 177
ecr-i misl, 125
ehlî (evcil) eşek, 379
ehlî hayvanlar, 357
el-En'âm, 383
emanet akdi, 197
emanet mal (vedia) , 1, 306
emin, 234
emsal ücreti, 125
erş (organ diyeti) , 95, 101, 206, 305, 315
eşya (ayn), 126

F

faiz, 141
fâsit (bozuk) şirket, 350

fels, 3, 258

G

gaip (kayıp), 60
garar, 34
gasp, 78

Ğ

ğalle, 267

H

habis, 116
had (ceza), 163
halef, 82
harbî, 344
hasım (dâvalı), 11
haşerat, 379
hayvan kesmek (zekât), 359
heder, 22
hibe, 34
hibe akdi, 220
hicab, 83
hicrî takvim, 253
hul' bedeli, 315
hükmî (itibarî) delil, 11
hükmî zilyetlik, 35

I

ıstıshâb-ı hâl, 54
Istıshâb-ı hal delili, 73

İ

İbâk, 25
ibrâ etme, 92
ibtilâ, 55
ictihad, 66, 83, 399

Î

Îda, 174

İ

ihrâz, 87, 165
ihtiyârî kesme, 372
ikale, 342
İlk teklif (îcab), 277
İnân şirketi, 294
innîn, 55
istibdâl, 162
istidrâc, 164
istihsân, 28
istîla, 89
istishâb, 162
istishâb-ı hâl, 69
iş ortaklığı (vücûh şirketi), 251
iş şirketi, 250
işçi (çırak), 215
işletmeci, 251
itibar şirketi, 246
îyne, 342

K

kabzetme, 12
kâfirin tanıklığı, 23
kafîz, 147, 351
kara domuzu, 407
kara serçe, 418
karz, 191
kasâme (hadisi), 270
kavut, 136
keler, 378
keylî, 81
kısıtlı, 35
kitabet akdi (özgürlük sözleşmesi), 115, 322
köleye had uygulama, 36
kredi şirketi, 250
kumar, 28
kurbaga, 418
kür, 147, 266, 348

L

Lukata, 19, 124, 209

M

mağrur (aldatılmış), 46 126
mağrur (evlenme konusunda), 113
mahcûr, 35

mahtûm, 223
mal-i dımâr, 25
mâliyet fiyatı, 267
me'zûn köle, 316
mecseme, 367
mefâlîs şirketi, 246
mefkûd, 54
mendup (müstehap), 15
Mescid-i Aksâ, 164
Mesîh, 403
mevkuf (onaya bağlı), 101
mevkuf satış, 102
micseme, 367
mislî, 81, 139, 168
misli (standart), 262
misl-i kâmil, 81
misl-i kâsır, 81
muâvaza (bedelli akit), 316
mûda', 174
mudârebe, 254
mudârib (işletmeci), 255
mufâvada, 246, 248
mûlî, 55
Murabaha satışı, 267, 279
mut'a, 330
mübah (sahipsiz) mal, 411
mübaşeret, 89
mübaşir, 89
mübdel, 108
müdebber, 44, 109, 168, 195, 303
mükâtebe (anlaşmalı köle), 105, 115, 291, 316
mükreh (akde zorlanan) , 102, 104
mülk şirketi, 245
mülkiyet (rakabe), 322
mülkiyeti devir (temlik), 306
mürted (dinden çıkan), 319
müsteîr, 95
müteahhirûn, 108, 183, 378
mütekavvim, 85, 88

N

nahr, 373
nass (delil), 15
nebiz (şıra), 318
necisü'l-ayn, 385
nehy ani'l-münker, 26

Ö

ödünç (karz), 5
ödünç akdi, 220
ödünç alan, 217
ön alım hakkı (şuf'a), 150, 228

P

pars, 397

R

Râfizîler, 375
rakabe, 35
rakabe, 44
rey, 27
ribevî, 85
ruhsat, 9

S

sâbiîler, 405
sadaka (zekat), 10
sahipsiz mal, 3
saksağan, 418
Sanai' şirketi, 245
sazan balığı, 375
selem akdi, 342
semek-i tabî, 405
semen (satılan şeyin bedeli), 261
simsar / komisyoncu, 180
standart mal, 259
su devesi, 418
sulh ödemesi, 112
sükna, 233

Ş

şarap, 153
şayi' (hisseli), 328
şirket, 245
şirketi işleten (mudarib), 343
şuf'a, 150
şuf'a (ön alım), 314

T

tabaklama, 2
tahliye (akarlarda), 119
tanıklıktan dönme, 122
tayyib, 152
tazir, 128

tazir cezası, 29
teâvur, 216
teayyün etmek, 5
teberru, 26, 176
tefvîz, 246
tekabbül / iş şirketi, 250, 255, 348
telef etmek, 193
temize çıkarma (ibrâ), 337, 341
temlik, 47, 216, 217
tevliye, 275
ticaret malı (urûz), 279
ticarete izinli köle, 35

U

ukr, 46, 113, 199, 206, 341
urûz (ticaret malları), 260, 267

Ü

ümmü veled, 44, 195, 303

V

vahşî eşek, 379
vahşî hayvanlar, 357
vasî, 197
vasiyet görevlisi (vasî), 241, 308, 321
vedîa (emanet) , 12, 24, 64, 143, 174, 184
vekil eden (müvekkil), 314
velâ, 336
velâyet (malların denetimi), 60
veznî, 81
vücûh (kredi) şirketi, 250, 348, 352

Y

yed-i emân, 5
yengeç, 418
yolculuk mesafesi, 33
yund kuşu, 418

Z

zahir görüş, 56
zararına satış (vadîa), 279
zebh, 373
zıhar kefâreti, 43
zilyed, 143, 297
zilyedlik, 183
zimmet akdi, 165
zimmet borcu (deyn), 355
zimmet ehli, 163
zimmî, 163, 317